

Con derecho al ambiente



FIMA

ONG - Desde 1998

Hacia una Constitución Ecológica

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

Abril, 2022





ÍNDICE

I. Introducción	3
II. Las agencias reguladoras independientes y el modelo chileno	7
1. Agencias reguladoras independientes	7
2. Modelos institucionales de independencia en los organismos administrativos en Chile ...	10
2.1. Superintendencias y Autonomías Constitucionales	10
2.2. Agencias reguladoras ambientales ¿independientes? en Chile	13
3. Agencias Reguladoras Independientes en materia ambiental	16
III. Conclusiones	20
IV. Bibliografía	21



INTRODUCCIÓN¹

Es un punto común afirmar que la regulación es una herramienta del Estado para intervenir en sectores específicos, sobre todo en sectores en que, existiendo mercados, estos presentan fallas. Sin embargo, ese concepto más bien de la economía no alcanza a capturar la complejidad del fenómeno regulatorio.

En un sentido más amplio, la regulación es definida como el “control sostenido y focalizado, ejercido por una agencia pública sobre actividades que son valoradas por la comunidad”². En esta segunda visión, la regulación por parte de agencias estatales se caracteriza por ser controlada por un superior (directiva), imperativa para los privados (de derecho público), y centralizada por el Estado³. El uso de la regulación como herramienta del Estado ha ido en aumento⁴, y justamente “el riesgo y la seguridad son comúnmente una de las principales causas del crecimiento en las regulaciones contemporáneas”⁵.

Con *regulación de riesgos* se entiende la “intervención estatal en el mercado u otros procesos sociales para controlar potenciales consecuencias adversas a la salud”⁶. Complementándolo con la definición general de regulación que mencionamos, podríamos decir que esta forma de regulación de riesgos se amplía más allá de amenazas potenciales a la salud, para abarcar otros *valores de la comunidad*. Uno de esos valores, es el medio ambiente, y es justamente uno de los valores en los que se ha analizado mayormente la regulación del riesgo desde fines del siglo pasado, en tanto “el riesgo tiene un significado diferente en el día a día de las personas al que tenía anteriormente. La actividad humana y la tecnología en la modernidad avanzada produce como efectos secundarios riesgos que necesitan una expertise especializada para evaluarlos y reconocerlos”⁷.

Y es que justamente, el derecho del medio ambiente puede ser entendido en una de sus dimensiones, como un derecho de regulación y gestión de riesgos⁸. En tal sentido, se encarga de establecer el procedimiento para la valoración del riesgo y posterior decisión sobre qué riesgos se admiten y cuáles se rechazan. En el caso de los riesgos admisibles, también se encarga de gestionarlos por medio de diferentes herramientas de control, seguimiento, etc.⁹

¹ Informe elaborado por Sofía Rivera Riveros, Ashley Walsh y Ezio Costa Cordella.

² Selznick, Philip. “Focusing Organizational Research on Regulation”, in Noll, Roger. *Regulatory Policy and the Social Sciences*, 1985. p. 363. Citado en: Ogus, 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.

³ Ogus, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Ed. Hart Publishing, 2004, Oregon. pp. 2 y 3. [Traducción propia]

⁴ Por ejemplo, Pardow indica que en Chile hubo tres olas de reformas pro-regulación del Estado, altamente influenciadas por las posturas internacionales, y podríamos argumentar que hoy nos encontramos en una cuarta ola. Ver: Pardow, Diego. “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, 2018.

⁵ Hood, Christopher, et. al. *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. Ed. Oxford University Press, 2004, New York. p. 4. [Traducción propia]

⁶ Hood, Christopher, et. al. *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. Ed. Oxford University Press, 2004, New York. p. 3. [Traducción propia]

⁷ Hood, Christopher, et. al. *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. Ed. Oxford University Press, 2004, New York. p. 3. [Traducción propia]

⁸ Para un análisis más profundo al respecto, ver: Rojas, Christian. *Riesgos y Derecho Administrativo: Desde el control a la regulación*. Ed. DER, 2019, Santiago. En específico Capítulo V: Sistematización y reconocimiento de los riesgos en la regulación ambiental. pp. 95 y siguientes.

⁹ Rojas, Christian. *Riesgos y Derecho Administrativo: Desde el control a la regulación*. Ed. DER, 2019, Santiago. p. 99.



Con todo, serán las agencias reguladoras ambientales las encargadas de llevar a la práctica estos objetivos del derecho ambiental y dado el alto nivel de delegación que existe en la normativa legal en materia ambiental, la toma de decisiones administrativas requiere de organismos de alta capacidad técnica. Entenderemos, entonces, que las agencias reguladoras ambientales son, en parte, cuerpos estatales encargados específicamente de la regulación y gestión del riesgo en materia ambiental.

En esta dimensión la problemática se presenta cuando se contraponen dos posibles formas de llevar a cabo la regulación del riesgo, que mediante la oposición de técnica y política escenifican posibilidades indeseables. Es lo que Sunstein ha llamado la hiper-politización y la tecnocracia¹⁰, dos puntos que aparecen como extremos en un continuo que debe intentar balancearse. Con hiper-politización nos referimos al fenómeno de captura de los entes reguladores por medio de fuerzas políticas que operan dentro de los gobiernos, lo cual se genera normalmente debido a una falta de independencia formal. Por el otro lado, la tecnocracia en materia de regulación de riesgos lleva a generar decisiones alejadas de la realidad¹¹, y aún más, decisiones supuestamente objetivas que podrían ir incluso en contra de un valioso conocimiento local¹².

Los entes reguladores en materia ambiental deben velar por la aplicación de la normativa y las políticas públicas, por lo que su actividad tiene un contenido político relevante, que no puede ser totalmente objetivado¹³, a riesgo de volverse ilegítimo. Sin embargo, a la vez esa aplicación se hace desde un conocimiento técnico específico, que tampoco puede ser obviado sin generar nuevos riesgos indeseados o complejizar las posibilidades de efectiva y eficiente aplicación de la normativa.

En nuestra realidad local las críticas que se han hecho a la institucionalidad ambiental han venido desde ambas lógicas, pero aparece como un elemento especialmente importante la captura política de los organismos de la institucionalidad ambiental, desde un paradigma que es precursor de decisiones generalmente favorables a determinadas industrias. El caso más emblemático en este sentido es quizá sea el del SEA, que acumula críticas respecto a su falta de independencia. Se afirma así que el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), administrado por el SEA, contiene “enclaves que permiten a la autoridad política de turno mantener el control del proceso de evaluación y su decisión final”¹⁴. Las críticas también han alcanzado a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), en que la captura política se ha producido mediante otro mecanismo, que es el del recorte presupuestario¹⁵.

¹⁰ Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires. p. 88-89. El autor usa más bien la palabra populismo donde nosotras indicamos hiper-politización, y esto pues el autor se enfoca mucho más en la problemática de la legitimidad popular de las medidas tomadas por los entes reguladores; sin embargo, aquí nos enfocaremos más en la problemática referente a la captura por parte del gobierno de turno de dichos entes.

¹¹ Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires. p. 117

¹² Fischer, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment: The politics of local knowledge*. Ed. Duke University Press, 2000, London. p. 28

¹³ Fischer, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment: The politics of local knowledge*. Ed. Duke University Press, 2000, London. p. 12-15

¹⁴ Propuestas de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto ambiental. p.28 enclaves: las comisiones de evaluación, comité de ministros, y las OECA.

¹⁵ Ver concepto de “new capture” en Shapiro, Sidney. “Old and New Capture” en *The Regulatory Review: Rooting Out Regulatory Capture*. Disponible en: <https://www.theregreview.org/2016/06/28/shapiro-old-and-new-capture/>



Esta vulnerabilidad ante las presiones políticas a las que están sometidos los organismos deriva en el indeseado resultado de que las decisiones ambientales que se tomen no sean realmente adecuadas para la protección del medio ambiente ni exista un efectivo cumplimiento de la normativa ambiental.

Ello puede ser ilustrado por medio del estudio de la problemática de la participación ciudadana en materia ambiental, especialmente en los casos de evaluación de impactos ambientales por parte del SEA. En efecto, a pesar de que el mandato de la Ley 19.300 parece ser bastante claro en obligar al SEA a *considerar* debidamente las observaciones ciudadanas en el proceso, lo cual implicaría un análisis detenido buscando incorporarlas, el SEA lo ha entendido y aplicado de forma distinta, interpretando dicho mandato como una simple obligación de *dar respuesta* a las observaciones, en situaciones simplemente transcribiéndolas, sin sopesarlas dentro de su decisión¹⁶. Peor aún, en los casos de Declaraciones de Impacto Ambiental y a pesar de que la Corte Suprema ha resuelto consistentemente que ello resulta ilegal, el SEA ha mantenido una posición en que las solicitudes de participación son negadas sin causa legal¹⁷.

Si bien no hay ningún diseño institucional perfecto, pareciera que el adecuado balance entre precursores técnicos y democráticos para la toma de decisiones podría posicionarnos de mejor manera para hacer frente a los desafíos que las instituciones ambientales tienen. Seguir en cierto sentido el instinto reflexivo de Arendt, en términos de no convertirnos en *monos supercivilizados*, ni tampoco ser dominados por una élite aconsejada por *sabios auxiliares intelectuales*¹⁸; sino más bien regular por medio de organismos que basen sus decisiones en los consejos de dichos sabios - el carácter técnico-científico -, pero que sean controlados por medio de mecanismos democráticos, donde los y las ciudadanas puedan expresar sus inquietudes y preferencias, aún sin tener un conocimiento técnico profundo.

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, la cual puede incorporarse directamente en la Constitución, o bien ser el resultado de las subsiguientes reformas institucionales que se lleven a cabo para cumplir con los mandatos constitucionales.

Para esta propuesta, iniciaremos con un estudio teórico sobre qué son las agencias reguladoras independientes, y cuáles son los argumentos que las impulsan, centrándonos fundamentalmente en la justificación de su independencia. Luego analizaremos el caso chileno, describiendo cómo se han configurado estas agencias en el contexto nacional. Finalizaremos este primer análisis, estudiando las formas en que estas agencias se podrían materializar en la regulación ambiental, y afirmaremos que su independencia va de la mano con principios ambientales y las garantías fundamentales en la materia.

¹⁶ Costa, Ezio. *Participación Ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Ed. DER, 2020, Santiago. p. 240-242.

¹⁷ Labbé, Natalia, et. al., “La pesada carga para la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental”, en *Revista de Justicia Ambiental*, N° 12, ONG FIMA, 2020. p. 156-157

¹⁸ Arendt, Hannah. *Sobre la violencia*. Ed. Desligamiento, 2016. p. 111.

En una segunda parte, se estudiará cómo se han establecido estas agencias en el derecho comparado, sus atribuciones, sus formas de garantizar la independencia en ellas, y qué mecanismos democráticos podrían verse vinculados, para hacer contrapeso a la tecnificación. Concluiremos con una propuesta sobre qué elementos creemos necesarios para el establecimiento de unas agencias reguladoras independientes que permitan subsanar los problemas que actualmente poseen nuestros organismos regulatorios ambientales.

I. LAS AGENCIAS REGULADORAS INDEPENDIENTES Y EL MODELO CHILENO

1. *Agencias reguladoras independientes*

La discusión sobre agencias reguladoras independientes tiene larga data, y se atribuye su origen a Estados Unidos¹⁹. Como mencionábamos antes, la clásica dicotomía de este debate se encuentra, principalmente, en qué valor resaltar y si preferimos agencias reguladoras más democráticas/políticas o más técnicas. Dicha discusión continúa, hasta el día de hoy, pero se han aportado elementos que permiten matizar las posturas, y así dar paso a una complementación entre estos valores, dejando de lado la visión de contraposición y llegando a estadios de complementariedad que permiten un mejor diseño institucional.

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 en competencia, con la particularidad de no estar bajo la dirección del gobierno²⁰. Justamente su carácter independiente es lo que las identifica, y este se refiere, más específicamente, a que “disponen de una considerable autonomía frente al Gobierno y a la potestad presidencial, dado que actúan en ámbitos de trascendencia económica, política o social en donde resulta indispensable que exista desvinculación del centro administrativo de decisión.”²¹

La discusión tradicional sobre agencias reguladoras independientes ha enfrentado por una parte a quienes postulan instituciones con mayores competencias técnicas, y por otra a quienes cuestionan la legitimidad democrática de dichas agencias. Para los primeros, las agencias deben ser más técnicas dado que sus ámbitos de acción requieren de un conocimiento experto técnico-científico, que no puede ser garantizado por medio de los procedimientos democráticos de nombramiento de autoridades administrativas²². Para los segundos, la tecnificación de las agencias reguladoras supondría un problema democrático, en cuanto los sectores en que actúan estos organismos estatales son de tal relevancia para la sociedad que, de no ser elegidas sus autoridades de forma democrática, pierden toda legitimidad²³.

La primera postura puede justificarse indicando que es bueno que las decisiones reguladoras sean influidas por decisiones políticas, porque esa política, en un sistema democrático, es lo que la mayoría legítimamente decide. Esta postura es la que analiza Cass Sunstein en *Riesgo y razón*, para dar cuenta que “el pensamiento cotidiano se equivoca, y (...) sus errores resultan especialmente

¹⁹ Se sitúa su origen en Estados Unidos de finales del siglo XIX. Ver Fernández, Gabriel. “La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América”, *Vniversitas*, Núm. 106, 2003, Colombia. p. 180.

²⁰ Para construir esta definición se utilizaron las siguientes entradas de diccionarios especializados: *Administrative agency*, *Agency* (3), e *Independent agency* de Garner, Bryan, y Campbell Black, Henry. *Black's Law Dictionary*, 9th Edition, Ed. St. Paul, 2009, Minnesota. p. 45, 71 y 72 respectivamente; *Regulatory agency* de Martin, Elizabeth. *A Dictionary of Law*, 5th Edition, Ed. Oxford University Press, 2003. p. 419; y *Regulatory agency* de Black, John, et. al. *A Dictionary of Economics*, 3rd Edition, Ed. Oxford University Press, 2009. p. 384.

²¹ Cordero, Luis, y García, José Francisco. “Elementos para la discusión sobre las agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”. *Anuario de Derecho Público UDP*, 2010. p. 419-420

²² Un claro ejemplo de esta postura en relación con la temática ambiental es Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires.

²³ Un autor más contemporáneo que defiende esta postura, y también respecto a lo medioambiental, es Fischer, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment: The politics of local knowledge*. Ed. Duke University Press, 2000, London.



importantes y perniciosos en el diseño de políticas públicas. (...) Las intuiciones de la gente acerca de los riesgos son muy poco dignas de confianza (...), llevan a legislaciones y políticas ineficaces y hasta contraproducentes”²⁴.

Esa errónea aproximación al riesgo de parte de las personas tiene una base psicológica que tiene que ver con los sesgos cognitivos. De acuerdo con Sunstein, las personas tendemos a cometer tres grandes errores: en primer lugar, considerar que los riesgos funcionan en base a *todo o nada*, sin considerar las posibilidades de un intermedio; luego, creer en la *benevolencia de la naturaleza*, pensando que siempre aquello que es artificial es más riesgoso; por último, tendemos a la postura de *riesgo cero*, creyendo que es posible y adecuado abolir en su totalidad la posibilidad de cierto riesgo²⁵. Si bien estos sesgos psicológicos podrían ser salvados por medio de la correcta y completa información a las personas sobre los riesgos, aún se mantendrán factores cualitativos que determinan fuertemente la evaluación que hacen las personas sobre los riesgos²⁶.

Desde esta visión más cercana a la técnica, depender completamente de las decisiones políticas para regular, no es conveniente. Sin embargo, lo anterior de ninguna manera significa que las posiciones de las personas deban ser descartadas a priori o las decisiones ser tomadas solo en base técnica, especialmente por cuanto, dentro de estos factores cualitativos, algunos son suficientemente razonables y deben ser contemplados por las políticas, mientras que otros no se justifican suficientemente para ser incorporados en las decisiones²⁷.

Existe también otra razón por la cual decidir solo en base a razones políticas puede llevar a malas regulaciones, y este es de hecho muy cercano al problema que se vive actualmente en las agencias reguladoras chilenas: la captura del regulador, no ya por parte del agente regulado de forma directa, sino que por parte de las posturas políticas del Gobierno.

Como indica Pardow, “en definitiva, la demanda de intervención reguladora se apoya en el potencial abuso de la empresa regulada, en circunstancias que es el potencial abuso del regulador lo que apoya la demanda por independencia institucional. Mientras la intervención reguladora buscaría un balance entre la autonomía privada y el bien común, la creación de agencias independientes pareciera enfocarse simplemente en la eficacia de la función administrativa”²⁸.

Lo que se busca con las ARI, según el autor, sería evitar los riesgos de la burocracia y el populismo²⁹. La autonomía de los órganos reguladores se justifica normalmente en este sentido bajo un criterio de estabilidad, que buscaría proteger el ámbito regulado de la magnitud del cambio político, y bajo un criterio de precisión, según el cual la política no dota de contenido suficientemente especializado a las regulaciones, mientras una agencia independiente de expertos y expertas sí³⁰.

²⁴ Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires. p. 58

²⁵ Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires. p. 67

²⁶ Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires. p. 96

²⁷ Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires. p. 102. Según el autor, los factores cualitativos que sí debieran considerarse son los riesgos temidos especialmente, o los riesgos que no se distribuyen equitativamente; mientras que los que no se justifican suficientemente son los riesgos que se consideran incontrolables por el ser humano, o los que se corren de forma involuntaria.

²⁸ Pardow, Diego. “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, 2018. p. 197

²⁹ Pardow, Diego. “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, 2018. p. 197

³⁰ Pardow, Diego. “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, 2018. p. 201



Ahora bien, entendemos que la multiplicación y profundización en el funcionamiento de ARI tampoco sería una solución efectiva, en la medida que transitaríamos hacia un modelo excesivamente tecnocrático. Compartimos en esto la idea de que los expertos regulando sólo en base a criterios técnico-científicos “serán auténticamente torpes”³¹, pues sin una visión política se hace imposible la aplicación de la normativa de un modo que haga sentido a las personas y que, por lo tanto, goce de legitimidad.

Fischer analiza este punto en específico en el caso norteamericano, y afirma que las “determinaciones científicas y tecnológicas se han convertido en los principales estándares con los cuales se toman sustantivas decisiones reguladoras que afectan la calidad del medio ambiente”³². Pero como muy bien analiza el autor, la misión de la tecnocracia (generar decisiones basadas únicamente en criterios objetivos y técnico-científicos) no es ni alcanzable ni deseable. No es lo primero, en tanto la ciencia también puede estar politizada, siendo afectada por criterios que en apariencia son objetivos (como por ejemplo el análisis costo-beneficio) pero que en el fondo contienen sesgos³³.

En este sentido, entra en juego una de las justificaciones que Pardow da a la autonomía de las agencias reguladoras: la visibilidad y consiguiente responsabilidad³⁴. Es decir, establecer agencias reguladoras independientes permite tener un centro de interés y responsabilidad distinto al aparato central de la Administración del Estado, el cual, por lo demás, al incorporar fundamentos técnicos, abre las puertas a una mayor posibilidad de revisión de sus actos³⁵, tanto por los medios jurídicos tradicionales, como por la ciudadanía en la opinión pública. La existencia de ARI elimina de esta forma la limitación a la revisión de los actos administrativos que impone la teoría de los actos de gobierno, que no pueden ser revisados. Las decisiones de una ARI siempre deben ser revisables, pues sus fundamentos tendrían que pasar por criterios más objetivos y, por lo tanto, contrastables.

Sin embargo, la amplia bibliografía y experiencia sobre las ARI nos muestra las características que idealmente han de reunir instituciones con similar objetivo: independencia política, legitimidad democrática y carácter técnico (profesionalidad)³⁶. Aquí puede verse claramente, que tanto el valor democrático como el técnico buscan complementarse. Lo anterior, sin perjuicio de que el elemento más relevante es la independencia política o autonomía, pues será ella la que las diferenciará de otras agencias reguladoras, y, según nuestro punto de vista, permitirá que tanto el valor técnico como el democrático puedan garantizarse.

Las agencias reguladoras independientes se enmarcan en la lógica del Estado Regulador, forma de Estado que ha dominado en occidente desde el último tercio del siglo XX, y que supone un rol del Estado que más que la producción de bienes y servicios de manera directa se dedica a la

³¹ Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires. p. 117.

³² Fischer, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment. The politics of local knowledge*. Duke University Press, 2000, London. p. 90

³³ Fischer, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment. The politics of local knowledge*. Duke University Press, 2000, London. p. 92-94

³⁴ Pardow, Diego. “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, 2018. p. 201

³⁵ Pardow, Diego. “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, 2018. p. 201

³⁶ García, José Francisco, y Verdugo, Sergio. “De las superintendencias a las agencias reguladoras en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”. *Revista Actualidad Jurídica*, Núm. 22, 2010, Santiago. p. 296

creación de normas para regular los mercados en los que dichos bienes y servicios son producidos y comercializados. El modelo del Estado regulador, si bien se centra en parte en los mercados y su potencial como institución para la distribución de costos y beneficios, no se agota solo en dicha institución. De este modo, también en áreas como la protección ambiental, que depende de múltiples acciones públicas y privadas y no solamente del funcionamiento de los mercados, deben tomarse en cuenta sus formas.

2. Modelos institucionales de independencia en los organismos administrativos en Chile

2.1 Superintendencias y Autonomías Constitucionales

En Latinoamérica no se ha importado directamente el modelo de agencias reguladoras independientes tal como lo hemos descrito, sino que se han creado formas diferentes de implementarlas en cada país, bajo la denominación de autonomías o superintendencias. Si bien éstas tienen una pretensión funcional similar a las agencias reguladoras independientes, no necesariamente cumplirían con todos los elementos de ellas, siendo finalmente un tipo de organismo diferente³⁷.

En Chile, justamente se crearon superintendencias y autonomías constitucionales, las que representan distintas formas de comprender a las agencias reguladoras. Sobre las primeras, estas fueron creadas a partir del DL 3551, de 1980, dentro del programa de reformas conocidas como *de los Chicago Boys*³⁸. En su origen se denominaron *Instituciones fiscalizadoras*, y englobaban a un conjunto de instituciones de las cuales formaban parte algunas superintendencias³⁹, las que luego se fueron multiplicando bajo el único nombre de superintendencias, con lo que actualmente su estudio se realiza usando sólo esta última denominación. Estas instituciones son definidas en el Decreto Ley antes mencionado como “instituciones autónomas, con personalidad jurídica, de duración indefinida, y se relacionarán con el Ejecutivo a través de los Ministerios de los cuales dependen y se relacionan en la actividad”⁴⁰ (énfasis propio).

Entonces, las superintendencias no presentan necesariamente las mismas características de las ARIs, sobre todo en lo respectivo a su dependencia del gobierno. En efecto, el mismo DL 3551 determina que: “El Jefe Superior de cada una de las instituciones fiscalizadoras, será de la exclusiva confianza del Presidente de la República y se mantendrá en su empleo mientras cuente con ella. Dichos Jefes Superiores gozarán de la más amplia libertad para el nombramiento, promoción y remoción del personal de la respectiva institución”⁴¹, estableciendo a nivel legal la dependencia de las Superintendencias al Presidente y su gabinete, lo cual se diferencia directamente de la misma definición de agencia regulatoria independiente.

Por el otro lado, las llamadas *autonomías constitucionales* son “organismos que presentan especiales caracteres de independencia frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos sólo a

³⁷ Jordana, Jacint y Levi-Faur, David. ¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. CIDOB, serie Latinoamericana, N° 7, 2005, Barcelona.

³⁸ Pardow, Diego. “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, 2018, p. 203.

³⁹ Artículo 2° del DL 3551.

⁴⁰ Artículo 2° del DL 3551.

⁴¹ Artículo 3° del DL 3551. Y esto se mantiene en todas las superintendencias creadas en adelante según: Cordero, Luis, y García, José Francisco. “Elementos para la discusión sobre las agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”. *Anuario de Derecho Público UDP*, 2010. p. 416



la Constitución Política y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones⁴². Como órganos con autonomía constitucional se han considerado a la Contraloría General de la República, las Municipalidades, el Banco Central, el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público⁴³, a lo que habría que añadir los Gobiernos Regionales, a partir de las últimas modificaciones legales en la materia⁴⁴.

Este modelo se caracteriza por ser una herramienta para la distribución territorial o funcional de las actividades del Estado, de manera tal que por medio de la creación de órganos con autonomía constitucional se crea un ámbito de *proprios poderes*, los que en un contexto de diversificación de las funciones estatales que va más allá de los tres poderes tradicionales, tienen encargados actos y materias distintas o especializadas respecto de las demás funciones del Estado⁴⁵.

Tal como mencionan Cordero y García, estos organismos autónomos no son lo mismo que las ARI, pues son “organismos a los que se ha dotado de una autonomía cuantitativa y cualitativa muy superior a los denominados organismos administrativos históricamente ‘autónomos’, que en estricto rigor son los ‘descentralizados’”⁴⁶. Si bien coincidimos con la conclusión de los autores, hemos de notar que, para arribar a esa conclusión, ellos sólo consideran el concepto de autonomía constitucional en relación con la distribución territorial de las funciones del Estado, dejando de lado las autonomías funcionales.

De esta forma, si efectuamos una comparación entre los modelos antes descritos y las ARI, podemos encontrar que, aun cuando desde un punto de vista funcional ellos son inspirados en la misma idea de contrapeso de los poderes públicos y de tecnificación de las decisiones en ciertas áreas, en la práctica existen notorias diferencias.

Respecto a la forma de autonomía o independencia, aquella de que se dota a las ARIs es mayor a la que han tenido las superintendencias, pero menor que la de las autonomías constitucionales. Esto es así, ya que la gran cantidad de superintendencias creadas con el tiempo en base al modelo descrito “generó un sistema atomizado y con bajos niveles de independencia formal, donde existe una multiplicidad de reguladores relativamente dependientes del gobierno para cada industria específica”⁴⁷.

Y a pesar de que se ha buscado que esta dependencia –que como se mencionó nace desde su misma configuración normativa– sea limitada, aún no se logra del todo. Por ejemplo, como forma de reforzar el carácter autónomo y de profesionalizar su funcionamiento, se ha hecho uso del

⁴² Cordero Vega, Luis, “La autonomía constitucional” en la Semana Jurídica N.º 34, 2 al 8 de julio de 2001, p. 5. Citado en: Zúñiga, Francisco. “Autonomías constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la «democracia constitucional»”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 13, Núm. 2, 2007. p. 234.

⁴³ Zúñiga, Francisco. “Autonomías constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la «democracia constitucional»”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 13, Núm. 2, 2007. p. 226. Zúñiga considera dentro de las autonomías constitucionales los órganos que aquí se indican como agencias independientes, sin embargo, no compartimos dicha opinión, pues creemos que usa un concepto muy amplio de autonomía constitucional.

⁴⁴ Ley N.º 19.175 Orgánica Constitucional sobre gobierno y administración regional, modificada en 2018 por la Ley 21.073 y en 2021 por la Ley 21.396.

⁴⁵ En este sentido, Zúñiga, Francisco. “Autonomías constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la «democracia constitucional»”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 13, Núm. 2, 2007.

⁴⁶ Cordero, Luis, y García, José Francisco. “Elementos para la discusión sobre las agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”. *Anuario de Derecho Público UDP*, 2010. p. 420

⁴⁷ Pardow, Diego. “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N.º 2, 2018. p. 206.



Sistema de Alta Dirección Pública⁴⁸ para el nombramiento de sus cargos más importantes, pero aún así la principal crítica a las superintendencias en Chile es que ellas carecen de una autonomía real, porque el Presidente sigue conservando la potestad de nombrar y remover directivos, de aprobar su presupuesto y de dar instrucciones a los ministros de los cuales dependen⁴⁹. Esto ha sido criticado por cuanto en general este tipo de instituciones tienen importantes poderes, como la potestad de regular, interpretar la normativa, fiscalizar su cumplimiento y sancionar sus infracciones, todo lo cual realizan en un contexto de regulaciones altamente técnicas y complejas⁵⁰, donde las decisiones políticas de los gobiernos pueden entorpecer el cumplimiento de los deberes que la ley encomienda a estas instituciones.

Muy por el contrario, en el diseño de las ARI existe una búsqueda explícita por eliminar toda injerencia de posiciones políticas, manteniéndolas como órganos técnicos, y por lo mismo sus “sistemas de nombramiento y remoción están debidamente identificados y acotados, con la finalidad de garantizar la independencia de sus decisiones de las instrucciones del Gobierno Central”⁵¹. Desde este punto de vista, en Chile se consideran como lo más cercano a un modelo de agencias independientes; el Consejo Nacional de Televisión, el Servicio Electoral, el Consejo para la Transparencia y la Comisión Nacional de Acreditación, pues serían los únicos organismos que cuentan con garantías de independencia formal suficientes⁵².

En lo que se refiere a los órganos con autonomía constitucional, ellos tienen altos niveles de independencia en relación con los poderes del Estado y en especial en relación con el Poder Ejecutivo, siendo que ella va más allá de la que tradicionalmente se garantiza a las ARI, precisamente porque sus estatutos se encuentran en la Constitución, siendo especialmente difícil pensar en una posible reforma institucional.

En seguida, en la distinción entre autonomías constitucionales y agencias independientes, podemos concluir que las primeras son más bien órganos que se crean con el objeto de distribuir funcional o territorialmente las labores del Estado, y por lo tanto ejercen soberanía y solo se encuentran sometidas a la Constitución y su propio derecho⁵³; mientras que las ARI, son organismos propiamente administrativos, por lo tanto dentro de una de las funciones específicas del Estado –el tradicionalmente llamado Poder Ejecutivo o Administración del Estado– pero que buscan

⁴⁸ Como se indica en el Mensaje presidencial de la Ley 20.955 de 30 de octubre de 2016 (disponible en: bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/5669/), el principal objetivo de este Sistema fue el de democratizar, transparentar y modernizar la forma en que se nombraban los altos cargos de servicios públicos.

⁴⁹ García, José Francisco, y Verdugo, Sergio. “De las superintendencias a las agencias reguladoras en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”. Revista Actualidad Jurídica, Núm. 22, 2010, Santiago. p. 291 - 292.

⁵⁰ García, José Francisco, y Verdugo, Sergio. “De las superintendencias a las agencias reguladoras en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”. Revista Actualidad Jurídica, Núm. 22, 2010, Santiago. p. 292

⁵¹ Cordero, Luis, y García, José Francisco. “Elementos para la discusión sobre las agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”. Anuario de Derecho Público UDP, 2010. P. 419, pie de página 14.

⁵² Cordero, Luis, y García, José Francisco. “Elementos para la discusión sobre las agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”. Anuario de Derecho Público UDP, 2010. p. 419.

⁵³ Podemos citar en este punto al administrativista Pantoja Bauzá, que indica que: “al incorporar al campo público a las autonomías constitucionales superpuso otra imagen a la tradicional de un Estado conformado sólo por servicios públicos: ahora emergen destacadamente órganos y organismos distintos de los clásicos poderes públicos, y sin embargo ejercen soberanía, ese poder supremo de determinación de un pueblo, con plena autonomía de las demás autoridades, incluso del Presidente de la República, encontrándose sometidos sólo a la Constitución y a la ley, en una dimensión del todo distinta a la que caracteriza a los servicios descentralizados, aquella gran conquista organizacional de principios de este siglo.” Pantoja Bauza, R: *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Santiago. Pág. 175.

regular o fiscalizar un ámbito específico. En cierta forma, podríamos decir que las autonomías constitucionales son una herramienta de distribución de las funciones del Estado, mientras que las ARI son una herramienta de distribución de las funciones que típicamente corresponden a la Administración del Estado.

A pesar de que Chile tiene la peculiaridad de ser uno de los primeros países latinoamericanos en adoptar el modelo de regulación por agencias en gran cantidad de sectores⁵⁴, consolidado por medio de series de reformas importantes durante los años 20's, 80's y la década de 2010⁵⁵, las agencias reguladoras en Chile tienden a carecer de niveles mínimos de autonomía, y entre los sectores destacados por ello se encuentra, justamente, medio ambiente⁵⁶. Y en ese mismo sentido, las ARI son un modelo de diseño institucional que podría avanzar como complemento de las actuales superintendencias.

Sin embargo, difícilmente podría considerarse el modelo de agencias reguladoras independientes como una alternativa a las autonomías constitucionales si es que se pretende mantener una autonomía de alto nivel para organismos como la Contraloría o el Banco Central, que resultan en la práctica no sólo autónomos del poder ejecutivo, sino que también del poder legislativo, dada la dificultad en su modificación.

2.2 Agencias reguladoras ambientales ¿independientes? en Chile

Actualmente, dos de los más importantes organismos estatales en materia ambiental podrían ser analizadas bajo el modelo de agencias reguladoras chileno de superintendencias (o entidades fiscalizadoras, según su denominación original). Estos son, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), a quien se le encarga fundamentalmente la fiscalización de cumplimiento de la normativa ambiental, y el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), a quien se le encarga fundamentalmente la calificación de proyectos con posibles impactos ambientales, por lo tanto, cumple el rol de velar, de manera preventiva, por el cumplimiento de la normativa ambiental.

Ambos organismos fueron creados como parte de una reforma general a la institucionalidad ambiental, que tenía como uno de sus principales objetivos solucionar los problemas de autonomía de los que adolecía hasta entonces la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA). Dicha comisión era, en efecto, la que acumulaba las funciones del Ministerio de Medio Ambiente, de la SMA y del SEA actuales, y la idea de crear estos tres nuevos órganos fue especializar sus actuaciones, y en el caso de los dos últimos, dotarlos de autonomía y un carácter técnico⁵⁷.

En este sentido, son aplicables a estos organismos ambientales las críticas ya mencionadas al modelo de agencias reguladoras chileno.

Sin embargo, siendo la materia ambiental un contexto especialmente complejo y dotado de contenidos técnico-científicos, las críticas a estos órganos en materia de independencia han sido

⁵⁴ Jordana, Jacint y Levi-Faur, David. ¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. CIDOB, serie Latinoamericana, N° 7, 2005, Barcelona. p. 29

⁵⁵ Pardow, Diego. “¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, 2018. p. 195-196

⁵⁶ Jordana, Jacint y Levi-Faur, David. ¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. CIDOB, serie Latinoamericana, N° 7, 2005, Barcelona. p. 29

⁵⁷ Historia de la Ley 20.417 de 2010, en especial los dichos de la Ministra Ana Lya Uriarte, Presidenta de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en la discusión en general del Primer Informe de la Comisión de Medio Ambiente del Senado, en Sesión 37 del 04 de agosto de 2009. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/> (p. 697 y siguientes).



especialmente intensas. Podríamos decir, en ese sentido, Chile se encuentre en un punto medio no virtuoso respecto del paralelo entre agencias reguladoras tecnocráticas pero independientes, o democráticas pero politizadas. Esto se expresa por la característica de los dos organismos ambientales en comento de ser formalmente independientes, por lo tanto supuestamente técnicos, pero altamente vulnerables a las tendencias políticas del gobierno de turno, y aun así con muy poca legitimidad democrática.

Al caso de la SMA se le pueden hacer extensibles las críticas que se plantean en general organismos regulatorios en Chile en lo que respecta a los problemas de independencia, es decir, el que no cumplen realmente con estándares mínimos de independencia, fundamentalmente en lo que respecta a su independencia formal⁵⁸. Y esta falta de independencia no solo se expresa a través del importante indicador de que sus autoridades son generalmente unipersonales y elegidas por la o el Presidente. Sino que también, se expresan en la falta de *accountability*, elemento este que es propio del tipo estadounidense del que tomamos este modelo y que se identifica por tener un entramado de pesos y contrapesos, con fuerte control judicial, y exigencia de participación ciudadana⁵⁹.

Además, otra de sus principales falencias es la dificultad de cumplir con sus deberes legales. Según un informe de Contraloría, en un periodo de tres años la Superintendencia no realizó absolutamente ninguna gestión en un 44,2% de las denuncias recibidas⁶⁰. Y esto tiene importancia en la materia de este informe en dos aspectos. Por un lado, si bien no es un asunto zanjado normativa, doctrinaria o jurisprudencialmente, se ha comprendido que la Superintendencia tiene “cierto margen de apreciación” para determinar si iniciar o no un procedimiento de fiscalización⁶¹. Por lo tanto, esta decisión podría depender de la discrecionalidad de sus máximas autoridades, que, como se mencionó, no cuentan con garantías de independencia funcional.

Otro aspecto relevante para el tema de este informe es el asunto presupuestario, pues ante el informe de Contraloría citado, el Superintendente a cargo en dicho momento respondió indicando que el no cumplimiento de la SMA de sus deberes se relacionaba con una importante falta de presupuesto y personal⁶²; de lo que se podría desprender que la falta de independencia presupuestaria también influye en su capacidad de cumplir con sus deberes legales.

Por otro lado, en el caso del SEA, como también se indicó anteriormente, las críticas a su falta de autonomía y alta vulnerabilidad a la intervención política en sus decisiones son transversales, tanto el sector privado de inversores que buscan la aprobación ambiental de sus proyectos, como de parte de comunidades que buscan el rechazo de proyectos que generan impactos ambientales negativos en sus territorios, como de parte de los actores políticos relevantes y la doctrina, se

⁵⁸ Cordero, Luis, y García, José Francisco. “Elementos para la discusión sobre las agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”. Anuario de Derecho Público UDP, 2010. p. 416.

⁵⁹ García, Juan Francisco y Verdugo, Sergio. “De las superintendencias a las agencias reguladoras independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”. En *Revista Actualidad Jurídica*, Núm. 22, 2010. p. 266, y 290 y ss.

⁶⁰ Contraloría General de la República. Informe N° 280/2020, Informe Final Superintendencia del Medio Ambiente.

⁶¹ Contraloría General de la República. Dictamen N° 13758, de 23 de mayo de 2019.

⁶² CNN Chile, Colapso en la Superintendencia de Medio Ambiente mantiene años de denuncias sin respuesta. 17.08.2021. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/colapso-en-la-superintendencia-de-medio-ambiente-mantiene-anos-de-denuncias-sin-respuesta_20210817/



comparte la crítica de que las decisiones que toma el SEA son altamente vulnerables a presiones políticas, abogando todos estos actores y actrices por mayor criterio técnico-científico en ellas⁶³.

En este sentido, no es solo la orgánica del SEA lo que afecta a la excesiva politización de sus decisiones, sino que se relaciona también con las demás agencias reguladoras que intervienen en el procedimiento del SEIA, las cuales “en general, están desprovistos de capacidades técnicas especializadas, de personal suficiente (y con las condiciones necesarias para ejercer bien sus funciones) y muchas veces carecen de independencia ante presiones políticas”⁶⁴; y sin embargo, el SEA no logra amortiguar dicha falta de autonomía por medio de un filtro técnico, sino que tiende a profundizarla, pues se concibe que existe un “excesivo peso de influencias políticas en instancias decisivas del proceso, que conducen a una aprobación o rechazo. Como consecuencia, se configura desde diversos sectores la demanda por un sistema que suprima los espacios para los actores políticos, con el fin de que las decisiones sean tomadas por los expertos técnicos, aspirando a que con ello se gane un grado de imparcialidad del cual hoy el sistema carece”⁶⁵.

Un caso interesante que puede servir de ejemplo en este punto es el caso denominado *caso Dominga*, en el cual un proyecto minero sometido a evaluación ambiental obtiene un Informe Consolidado de Evaluación que recomienda la aprobación, pero fue primero rechazado⁶⁶ y luego aprobado con los mismos antecedentes técnicos⁶⁷, y siendo que sus impactos se darían en un área costera de gran importancia ecosistémica, lo que ha provocado una oposición rotunda por parte de los expertos científicos⁶⁸. En ambos casos se produjo una crítica idéntica: tanto el rechazo en su momento como la posterior aprobación fue tomada por parte de la población como el resultado de una decisión política sin base técnica⁶⁹.

⁶³ Una muestra de ello son las propuestas que se hicieron en el marco del proyecto de ley de reforma del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), por parte del *think-tank* Libertad y Desarrollo, el cual tiende a tener una postura más pro-inversión privada (disponible en: <https://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2018/08/reforma-ambiental-lyd-propone-nuevo-organismo-tecnico-previo-al-seia/>) y por parte de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la que tuvo una postura más relacionada a comunidades (disponible en: <https://www.fima.cl/2016/09/21/comision-sindical-ciudadana-parlamentaria-entrega-informe-alternativo-para-reforma-al-seia-a-ministro-de-medio-ambiente/>).

⁶⁴ Propuestas de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. p. 27

⁶⁵ Centro UC de Políticas Públicas. *Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Aportes a la Discusión. Análisis del proyecto de ley que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. p. 7.

⁶⁶ Ver: Noticias Ministerio del Medio Ambiente: “Comité de Ministros confirma rechazo a proyecto minero-portuario Dominga”. 21 de agosto de 2017. Disponible en: <https://mma.gob.cl/comite-de-ministros-confirma-rechazo-a-proyecto-minero-portuario-dominga/>

⁶⁷ Ver: Mongabay: “Chile: Comité de Evaluación Ambiental aprueba el polémico proyecto Dominga”. 11 de agosto de 2021. Disponible en: <https://es.mongabay.com/2021/08/chile-comite-de-evaluacion-ambiental-aprueba-polemico-proyecto-dominga/#:~:text=Chile%3A%20Comit%C3%A9%20de%20Evaluaci%C3%B3n%20Ambiental%20aprueba%20el%20pol%C3%A9mico%20proyecto%20Dominga,-por%20Michelle%20Carrere&text=Luego%20de%20que%20el%20proyecto,judicializado%20en%20la%20Corte%20Suprema>.

⁶⁸ ver: Agenda Sustentable: “Científicas en declaración conjunta llaman a proteger el Archipiélago de Humboldt del proyecto minero Dominga y puerto Cruz Grande”, 13 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.agendasustentable.cl/cientificas-en-declaracion-conjunta-llaman-a-proteger-el-archipelago-de-humboldt-del-proyecto-minero-dominga-y-puerto-cruz-grande/>

Mongabay, “En la recta final: Proyecto Dominga de Chile podría ser aprobado a pesar del rechazo científico”, 02 de agosto de 2018. Disponible en: <https://es.mongabay.com/2018/08/proyecto-dominga-chile-areas-naturales-protegidas/>.

⁶⁹ En torno al rechazo del proyecto en 2017, ver: BBC: “Dominga, el polémico proyecto minero que el gobierno de Chile rechazó por motivos ecológicos y que ya provocó la renuncia de dos ministros”. 01 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-41123898>. Para la aprobación del proyecto en 2021, ver: El Mostrador: “La sociedad civil y el mundo político se unen en contra del proyecto minero Dominga”. 14 de

Este caso muestra dos situaciones: por un lado, lo que se venía comentando de la transversalidad de la crítica a la falta de autonomía del SEA y, por otro lado, muestra que esta falta de autonomía genera efectos negativos para la protección del medio ambiente, porque, justamente en este caso, la aprobación del proyecto va en contra de todas las recomendaciones de expertos para la protección del ecosistema y, aparentemente, también en contra de lo que se señala en el expediente.

Como se ha dicho, el SEA en la práctica “es completamente dependiente del Ministerio de Medio Ambiente, y por ende de los objetivos gubernamentales respecto del crecimiento económico del país. [Y] Los mecanismos de Alta Dirección Pública no logran entregar realmente esa independencia.”⁷⁰

No obstante todo lo dicho, el SEA además se configura como un “organismo técnico que dirime sobre aspectos factuales para la entrega de un permiso”⁷¹, con lo que el Servicio podría justificar la poca toma en consideración de las observaciones ciudadanas en los procesos de participación⁷², al verse a sí mismo como un órgano propiamente técnico, que debiera estar ajeno a cualquier mínimo aspecto político.

Así, entonces, se comprende que las agencias reguladoras ambientales en Chile carecen del adjetivo de independientes. Sin embargo, una mejor independencia en sus actuaciones “no estriba tanto en prescindir por completo de la decisión política como en situarla de modo más racional dentro del procedimiento”⁷³. Lo que se busca, realmente, no es quitar todo aspecto político a las decisiones de estas agencias reguladoras, pues ello sería, en cierta forma distópico⁷⁴, sino que se busca que su funcionamiento no dependa directamente de la voluntad del gobierno que dirige el país⁷⁵, y que se incluya la política de forma racional por medio de los derechos de acceso de los y las ciudadanas, como se propondrá en el siguiente apartado.

3. Agencias Reguladoras Independientes en materia ambiental

Como se mencionó anteriormente, el derecho ambiental es una rama del derecho que entre sus funciones tiene la de establecer el procedimiento para la valoración del riesgo y posterior decisión sobre qué riesgos se admiten y cuáles se rechazan, así como la de gestionar aquellos riesgos que se admiten, por medio de diferentes herramientas de control, seguimiento, etc.⁷⁶

.....
agosto de 2021. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/08/14/la-sociedad-civil-y-el-mundo-politico-se-unen-contr-a-del-proyecto-minero-dominga/>.

⁷⁰ Propuestas de la Comisión Sindical Ciudadana Parlamentaria para la Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto ambiental. p. 58

⁷¹ Centro UC de Políticas Públicas. *Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Aportes a la Discusión. Análisis del proyecto de ley que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. p. 7.

⁷² Costa, Ezio. *Participación Ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Ed. DER, 2020, Santiago. p. 240-242.

⁷³ Centro UC de Políticas Públicas. *Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Aportes a la Discusión. Análisis del proyecto de ley que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. p. 8.

⁷⁴ Como se explicó anteriormente, una agencia tomadora de decisiones que sea netamente técnica y en absoluto política, es, primero, imposible pues incluso la técnica y la ciencia se ven afectadas por posturas políticas; y en segundo lugar es indeseable, pues las decisiones que tome serían parcialmente ineficientes e ilegítimas democráticamente hablando. (vid ultra: 3. Agencias Independientes Reguladoras en materia ambiental).

⁷⁵ Costa Ezio. *Por una constitución ecológica: replanteando la relación entre sociedad y naturaleza*. Catalonia, 2020, Santiago. p. 97

⁷⁶ Rojas, Christian. *Riesgos y Derecho Administrativo: Desde el control a la regulación*. Ed. DER, 2019, Santiago. p. 99.



Tomar esta perspectiva, en que se justifica la regulación en materia ambiental por su relación con los riesgos más que solo por una justificación de orden público, es la que permite según Rojas dar “coherencia al sistema para quien realiza gestión ambiental *lato sensu*, genera seguridad e incluso predictibilidad de la acción administrativa para todos los involucrados, sean estos titulares de la RCA o ciudadanos interesados, y es capaz de generar parámetros a los entes encargados de realizar los controles administrativos y judiciales”⁷⁷.

La regulación de los riesgos implica la toma de una posición sobre cuáles son los riesgos socialmente aceptables y, por lo tanto, cuáles actividades son permisibles y de qué forma. La manera en que esa decisión se toma reproduce la disyuntiva que hemos venido tratando, sobre la incorporación de elementos técnicos y la valoración política de ellos.

Esto es de especial importancia en materia ambiental, en tanto podemos sostener que un mayor nivel de independencia de las agencias reguladoras ambientales permite una mejor protección no solo del medio ambiente, en tanto se utilizan conocimientos científicos para la regulación de actividades que pudieran afectarle, sino que también una mayor protección de los derechos humanos en materia ambiental y en específico, de los derechos de acceso.

A propósito de las críticas a la posible hipertecnificación de las ARI, que generaría un desacople de la regulación con la realidad⁷⁸, es que en su diseño se han ido generando cada vez mayores espacios de control por parte de la ciudadanía, a través de derechos como el de participación ciudadana. La inclusión de la participación ciudadana a las decisiones de estas agencias les permite generar mayor deliberación, legitimar las políticas que resulten del proceso, y aportar conocimiento local comúnmente desconocido por los expertos⁷⁹.

En particular en medio ambiente, pero en general también en el diseño de políticas públicas, es importante incluir el conocimiento y las preferencias de las personas por medio de técnicas de participación, sobre todo cuando son las personas las que están en mejor posición para comprender el conocimiento local⁸⁰ y los modos de vida y desarrollo en un territorio.

Si bien como ya mencionamos, es ideal mantener una fundamentación técnica-científica en la toma de decisiones reguladoras ambientales, esta no es suficiente. La participación ciudadana, en este sentido, aporta otra forma de racionalidad al proceso, integra la racionalidad sociocultural y los conocimientos locales a un análisis en general desacoplado de la realidad social y local⁸¹.

Esta necesidad de participación ciudadana en la toma de decisiones reguladoras ambientales se condice, por lo demás, con las exigencias derivadas de los derechos humanos ambientales, principalmente los derechos de acceso⁸². Por ello, la participación ciudadana que se requiere en

⁷⁷ Rojas, Christian. *Riesgos y Derecho Administrativo: Desde el control a la regulación*. Ed. DER, 2019, Santiago. p. 123.

⁷⁸ Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires. p. 117.

⁷⁹ Fischer, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment. The politics of local knowledge*. Duke University Press, 2000, London. p. 2.

⁸⁰ Fischer, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment. The politics of local knowledge*. Duke University Press, 2000, London. Prefacio.

⁸¹ Fischer, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment. The politics of local knowledge*. Duke University Press, 2000, London. p. 148.

⁸² Los derechos de acceso son los derechos a la información ambiental, la participación en materias ambientales, y el acceso a la justicia. Su primera configuración en normas es por medio de tratados internacionales, como es el caso del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de la Conferencia de las Naciones Unidas de 1992 (disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>).



este contexto debe estar garantizada bajo ciertos parámetros, que permitan que ella tenga el peso suficiente en la toma de decisiones reguladoras, de manera tal que no sea simplemente una obligación de forma para las autoridades, un trámite que cumplir.

La participación ciudadana en materia ambiental no se ajusta directamente a las otras formas de participación pública en general, sino que tiene un contenido propio⁸³ que se involucra con el contenido del derecho ambiental en diversos aspectos. En primer lugar, como indicamos más arriba, el derecho ambiental, en específico en su faceta reguladora, tiene como contenido esencial la regulación de riesgos, y en ese sentido, la determinación de qué riesgos son tolerables y cómo los regularemos, debe incluir la racionalidad sociocultural de la que hablábamos, por lo que requiere de una participación ciudadana efectiva⁸⁴.

Luego, se relaciona la participación ciudadana con la justicia ambiental, ya que, por un lado, permite generar mejores determinaciones para distribuir las cargas y beneficios ambientales, y, por otro lado, a la vez la participación ciudadana permite distribuir el poder en la toma de decisiones, lo que la justicia ambiental busca como uno de sus objetivos⁸⁵. Además, la participación ciudadana permite concordar las tensiones naturales que se generan entre el crecimiento económico y la protección al medio ambiente⁸⁶. Por último, el derecho a la participación es parte del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado⁸⁷.

Así, entonces, en materia ambiental la democratización de las decisiones de las ARIs (lo que incluye darles legitimidad) no es realmente un desafío tan complejo desde el aspecto normativo, como sí puede serlo desde la práctica efectiva de los organismos, en lo que influye mucho su diseño institucional. El derecho ambiental en general tiene una exigencia de incluir la participación ciudadana en la toma de decisiones, lo que incluye a su vez los demás derechos de acceso, y así las obligaciones de brindar acceso a la información de relevancia ambiental suficiente, oportuna, y comprensible, y acceso a la justicia en asuntos ambientales de acuerdo al debido proceso, permitiendo impugnar actos administrativos relacionados con acceso a la información, a la participación ciudadana, o cualquier otra decisión que pueda afectar el medio ambiente⁸⁸.

El modelo de los derechos de acceso, en conjunto con la suficiente independencia y capacidad técnica de los organismos en materia ambiental, los dota de las herramientas para balancear

.....
Su contenido se ha ido desarrollando y profundizando a lo largo de los años, y actualmente la norma que mejor los desarrolla en nuestro contexto latinoamericano es el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, más conocido como Acuerdo de Escazú, de 2018 (disponible en: <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>), aunque este último aún no ha sido ratificado por Chile.

⁸³ Costa, Ezio. *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Ed. DER, 2020, Santiago. p. 171.

⁸⁴ Costa, Ezio. *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Ed. DER, 2020, Santiago. p. 179-180.

⁸⁵ Costa, Ezio. *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Ed. DER, 2020, Santiago. p. 182-183.

⁸⁶ Costa, Ezio. *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Ed. DER, 2020, Santiago. p.185.

⁸⁷ Costa, Ezio. *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Ed. DER, 2020, Santiago. p.190.

⁸⁸ Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, más conocido como Acuerdo de Escazú, de 2018 (disponible en: <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>)

adecuadamente los aspectos técnicos y las preferencias ciudadanas, las que vienen expresadas tanto en la ley que le da origen al funcionamiento de los organismos, como en los resultados de los procesos de participación.

Como vemos, es alcanzable un estadio en que se produzca un balance entre las necesidades técnicas y democráticas. El carácter independiente de las ARIs puede considerarse una erosión a la legitimidad democrática de las decisiones públicas, pero mecanismos como los que entregan los derechos de acceso en materia ambiental permiten generar un balance hacia soluciones razonables y deseables.

Estos derechos, implementados correctamente, pueden funcionar como herramientas de control democrático a las ARIs, de forma que su carácter técnico no se transforme en una tecnocracia desligada de la realidad sociocultural.

Por otra parte, la especialidad técnica y la independencia dotan a la agencia de posibilidades de toma de decisiones que sean por una parte sólidas en su fundamento, pero por otra revisables por los tribunales en base a parámetros relativamente objetivos. Al mismo tiempo, estas características las alejan del control e influencia política por parte de los gobiernos, dificultando su captura.

Con ello, además, se mejoran las decisiones tomadas por estos criterios técnicos, al incorporarse una forma de conocimiento distinta y relevante, como se mencionó anteriormente. Así, entonces, la existencia de agencias reguladoras independientes en materia ambiental aparece como una opción conveniente.



III. CONCLUSIONES

En un período de consolidación de los Estados Reguladores⁸⁹, preguntarnos por quién y cómo se encargará de la acción reguladora del Estado es crucial. En materia ambiental, el contexto de globalización y crisis climática y ecológica en que nos encontramos debe determinar la respuesta a esa pregunta. Así, podríamos inquirir ¿Quién y cómo se debe realizar la acción reguladora del Estado en materia ambiental, en un contexto de crisis climática y ecológica?

En este informe se presenta un marco teórico según el cual podemos concluir que la respuesta a quién debe realizar esa acción reguladora tiene que contener al menos un aspecto crucial: ella debe ser realizada por agencias reguladoras independientes, especializadas y con un carácter técnico suficiente para cumplir con las funciones ambientales que permiten hacerle frente a la crisis en que nos encontramos.

Esto significa diseñar organismos reguladores que tengan autonomía en los 3 aspectos fundamentales: (i) presupuestaria, es decir que los demás poderes del Estado no puedan manipular su actuación por medio de recortes presupuestarios; (ii) 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, (iii) autonomía formal, esto es, que exista un procedimiento de nombramiento y remoción de sus miembros claro y definido, que privilegie el conocimiento técnico del área.

A mayor abundamiento, el diseño institucional debe evitar la tecnificación de las agencias a extremos disfuncionales y, por el contrario, incluir elementos de legitimidad democrática, en este caso usando las propias instituciones del Derecho Ambiental: los derechos de acceso a la información pública de relevancia ambiental, a la participación ciudadana y el acceso a la justicia.

Otro aspecto para considerar es la necesidad de que esta institucionalidad sea fundamentalmente mutable de acuerdo al devenir democrático, es decir, que no se vea protegida por medio de quórums constitucionales excesivamente altos que no permitirán 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.

Implementar un mejor modelo de agencias reguladoras independientes en materia ambiental en Chile permitirá que nuestras tomadoras de decisiones no se basen en criterios discrecionales, sino que estén “obligadas a seguir un procedimiento y basar sus decisiones en el componente técnico de su experticia”⁹⁰, componente el cual estará determinado por su mandato legal y deberá incorporar una variable democrática por medio de procedimientos de participación ciudadana⁹¹ y de garantía de los demás derechos de acceso. De tal forma, no solo mejorarán las decisiones de estas agencias, en pos a una mayor eficiencia, eficacia, protección ambiental, y más experticia y especialidad, sino que también nos pondríamos al día como país, con relación al fenómeno comparado en la materia.

⁸⁹ Jordana, Jacint y Levi-Faur, David. ¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. CIDOB, serie Latinoamericana, N° 7, 2005, Barcelona.

⁹⁰ Costa Ezio. *Por una constitución ecológica: replanteando la relación entre sociedad y naturaleza*. Catalonia, 2020, Santiago. p. 97

⁹¹ Costa Ezio. *Por una constitución ecológica: replanteando la relación entre sociedad y naturaleza*. Catalonia, 2020, Santiago. p. 97

IV. BIBLIOGRAFÍA

Arendt, Hannah. *Sobre la violencia*. Ed. Desligamiento, 2016.

Black, John, et. al. *A Dictionary of Economics*, 3rd Edition, Ed. Oxford University Press, 2009.

Centro UC de Políticas Públicas. *Reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Aportes a la Discusión. Análisis del proyecto de ley que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental*. Documento en: <https://politicaspublicas.uc.cl/publicacion/reforma-al-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental-aportes-a-la-discusion/>.

Cordero, Luis, y García, José Francisco. "Elementos para la discusión sobre las agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias". Anuario de Derecho Público UDP, 2010.

Costa, Ezio. *Participación Ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*. Ed. DER, 2020, Santiago.

Costa Ezio. *Por una constitución ecológica: replanteando la relación entre sociedad y naturaleza*". Catalonia, 2020,

Fischer, Frank. *Citizens, Experts, and the Environment: The politics of local knowledge*. Ed. Duke University Press, 2000, London.

García, José Francisco, y Verdugo, Sergio. "De las superintendencias a las agencias reguladoras en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio". *Revista Actualidad Jurídica*, Núm. 22, 2010, Santiago.

Garner, Bryan, y Campbell Black, Henry. *Black's Law Dictionary*, 9th Edition, Ed. St. Paul, 2009, Minnesota

Hood, Christopher, et. al. *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. Ed. Oxford University Press, 2004, New York.

Jordana, Jacint y Levi-Faur, David. ¿Hacia un Estado regulador latinoamericano? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores. CIDOB, serie Latinoamericana, N° 7, 2005, Barcelona.

Labbé, Natalia, et. al., "La pesada carga para la participación ciudadana en las Declaraciones de Impacto Ambiental", en *Revista de Justicia Ambiental*, N° 12, ONG FIMA, 2020.

Martin, Elizabeth. *A Dictionary of Law*, 5th Edition, Ed. Oxford University Press, 2003.

Ogus, Anthony. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Ed. Hart Publishing, 2004, Oregón.

Pantoja Bauza, R: *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Santiago.

Pardow, Diego. "¿Control o autonomía? El debate sobre las agencias reguladoras independientes. *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, 2018.

Rojas, Christian. *Riesgos y Derecho Administrativo: Desde el control a la regulación*. Ed. DER, 2019, Santiago.

Shapiro, Sidney. "Old and New Capture" en *The Regulatory Review: Rooting Out Regulatory Capture*. Disponible en: <https://www.theregreview.org/2016/06/28/shapiro-old-and-new-capture/>

Sunstein, Cass. *Riesgo y razón: Seguridad, ley y medioambiente*. Ed. Katz, 2006, Buenos Aires.

Zúñiga, Francisco. "Autonomías constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la «democracia constitucional»)". En: *Revista Ius et Praxis*, Año 13, Núm. 2, 2007.