

La participación ciudadana en la evaluación de impacto regulatorio: Desafíos para la Administración

*Citizen participation in the regulatory impact evaluation:
Challenges for the administration*

Ezio Costa Cordella
Universidad de Chile

RESUMEN La Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR) ha sido considerada como una de las herramientas más idóneas en materia de regulación administrativa en pos de analizar el costo y beneficio que conlleva la puesta en marcha de nuevas normativas. No siendo aún regulada en el derecho nacional, se hace necesario indagar en su idoneidad para el caso chileno, centrando el análisis en cómo se puede hacer parte en ella la participación ciudadana.

PALABRAS CLAVE Evaluación, impacto regulatorio, participación ciudadana, administración pública.

ABSTRACT The Regulatory Impact Evaluation (EIR) has been considered as one of the most suitable tools in terms of administrative regulation in order to analyze the cost and benefit of the implementation of new regulations. Not being still regulated in national law, it is necessary to investigate its suitability for the Chilean case, focusing the analysis on how citizen participation can be made part of it

KEYWORDS Evaluation, regulatory impact, citizen participation, public administration.

Introducción

Se ha venido discutiendo a nivel global la mejor manera de alcanzar una mayor eficiencia en la regulación. Entre las herramientas que han sido objeto del debate se encuentra la Evaluación de Impacto Regulatorio (EIR), destinada a analizar de forma exhaustiva los costos y beneficios provocados con la implementación de una nueva regulación. La EIR, además de ser un procedimiento, tiene entre sus propósitos impactar directamente

a la norma que está siendo evaluada. Por lo mismo, ha pasado a ocupar un lugar relevante en la agenda regulatoria de la comunidad internacional, en tanto entrega ciertos elementos que permiten revisar, redefinir y mejorar las distintas regulaciones que son creadas por los Estados.

Esta herramienta ha sido recomendada por la OCDE e implementada por la mayoría de sus países miembro, siendo que Chile aún se encuentra en deuda en este sentido y no ha logrado establecer una política general de evaluación regulatoria. La doctrina nacional se ha referido a ello y ha intentado contribuir en el diseño de un sistema que se adapte a las características de nuestra legislación, pero resta bastante que cuestionarse acerca de este instrumento, en especial sobre sus objetivos, y si se adaptan a las necesidades que hoy se nos presentan.

El presente artículo intenta algunas de las preguntas relacionadas a esta herramienta, principalmente con el objetivo de comprender como la incorporación de la EIR podría contribuir con la Administración del Estado, atendidas ciertas realidades que complejizan actualmente su actuar. Es importante en este sentido aclarar que, a nuestro entender, tanto los problemas que tiene el Estado en este momento, como la posibilidad de incorporar el EIR obedecen no solamente a problemas de eficiencia.

Para analizar lo anterior, se revisarán primero las características del EIR, su justificación, y el nivel de implementación alcanzado en nuestro país. Pondremos especial énfasis en la manera en que se integran mecanismos de participación ciudadana en este proceso y la importancia que este aspecto reviste dentro del mismo, para finalmente explorar como este procedimiento podría ofrecer una respuesta a parte de los desafíos actuales de la Administración.

La Evaluación de Impacto Regulatorio.

La evaluación de impacto regulatorio, como señala la OCDE, es un «proceso de identificación y evaluación sistemática de los efectos esperados con una propuesta regulatoria, usando un método analítico consistente, como el análisis de costo/beneficio» (OCDE, 2008: 3). Este tipo de análisis puede ser realizado en momentos diferentes para poder cumplir con su objetivo, siendo posible llevarlo a cabo antes de la entrada en vigencia de una norma, o bien una vez que el cambio regulatorio ya ha sido implementado, lo que permite efectuar un control retrospectivo que contribuye al rediseño y retroalimentación de la nueva política pública (Manzi et al, 2011: 35).

El proceso de EIR típico incluye:

- Un diagnóstico de la situación que requiere ser regulada y objetivos regulatorios;
- El diseño de alternativas para regular;
- La estimación de los costos y beneficios que las diferentes alternativas regulatorias tendría;
- La ejecución de una alternativa y;

- Su posterior evaluación.

En su mejor versión, este ciclo de regulación contempla espacios de participación ciudadana en todas sus fases.

La necesidad e importancia del EIR ha sido ampliamente aceptada por la comunidad internacional, que a través de organismos tales como la OCDE, ha promovido su implementación desde hace ya más de 30 años. Así también lo han hecho una serie de países que tras su inclusión han vivenciado grandes avances en la eficiencia de las políticas públicas que son evaluadas. Un buen ejemplo de ello es Estados Unidos, que desde 1947 comenzó a adoptar este instrumento y que hoy, habiéndolo sometido a numerosas modificaciones y arreglos, cuenta con un sistema de análisis de impacto regulatorio general para ser utilizado bajo el cumplimiento de ciertos criterios (Moyano, 2014: 101 y 111).

Lamentablemente, este instrumento aún no ha sido incorporado de forma adecuada en Chile, pese a las discusiones que se han dado en torno a la necesidad de su implementación. La dictación de decretos y reglamentos apenas tiene un procedimiento, y la manera en que los órganos de la Administración lo hacen es más bien instintiva, o siguiendo ciertos protocolos internos que no tenemos la seguridad de que sean suficientes para asegurar una reflexión y calidad mínima de la regulación que se está dictando. Todo ello genera, a rasgos generales, un sinnúmero de problemas que abordaremos a lo largo de este artículo, pero que en definitiva terminan por limitar el alcance y sentido de pertenencia de las normas con los ciudadanos que han de cumplirlas.

Así, en nuestro país solo existen algunos ejemplos menores de procedimientos de dictación de normas que obedecen a principios similares a la Evaluación de Impacto Regulatorio, particularmente en materia ambiental con el reglamento para la dictación de normas de emisión y calidad, y con lo establecido respecto de planes de prevención y descontaminación. Esto, ya que en ambos se contemplan mecanismos que obligan a quien elabora la política en cuestión a realizar un análisis general de los impactos económicos y sociales que implicaría el cumplimiento de las normas propuestas, y de los costos y beneficios asociados a ella (Decreto Ministerio del Medio Ambiente 38/2013: Art. 15) (Decreto Ministerio del Medio Ambiente 39/2013: Art. 9°).

Asimismo, el estatuto Pyme, Ley 20.416, introdujo en su artículo 5to, un procedimiento de este tipo que teóricamente debiera forzar a la administración a llevar adelante un análisis ex-ante de la regulación que puede afectar a empresas de menor tamaño, al señalar sobre los antecedentes con los que ha de contar la preparación de la norma, que estos deberán «contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las empresas de menor tamaño (...)» (Ley 20.416, 2010: Art. 5°).

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente la falta de un procedimiento general de estas características, que expanda los beneficios de estas evaluaciones a los diversos sectores de nuestro sistema administrativo. Esta cuestión ha sido notada por la OCDE, organización que ha recomendado a Chile para que incluyamos de forma general este tipo de

procedimiento. En este sentido, el último informe sobre Regulación en Chile que ha sido emitido por la organización señala entre otras cosas que:

El gobierno de Chile debe integrar el uso de EIR en una manera coordinada y sistemática durante el procedimiento regulatorio, construyendo sobre las capacidades existentes. Considerar la introducción de algunos umbrales para determinar de manera más sistemática cuales propuestas legislativas requieren EIR en profundidad. La preparación de las evaluaciones de impacto debería ser iniciada más temprano en el proceso de toma de decisiones; antes de que se tome la decisión de regular. La preparación de la evaluación de impacto debería ser usada como una herramienta para recolectar feedback de los actores interesados (de manera de mejorar las propuestas de decisión) (OCDE, 2016: 111).

En la misma línea, la organización ha sugerido lo siguiente:

El gobierno de Chile debe introducir prácticas, mecanismos y estándares de consulta obligatorias para mejorar la preparación y la revisión de regulaciones, y revisar sistemáticamente el cumplimiento entre los reguladores. Estos estándares podrían construirse sobre un número de prácticas que ya tienen lugar en Chile (OCDE, 2016: 109).

Ahora bien, la justificación tradicional para la Evaluación de Impacto Regulatorio ha sido poner el énfasis en la cuantificación de costos y beneficios y la posibilidad de compararlos, para saber si una determinada regulación presenta beneficios netos o no y por lo tanto si es una regulación suficientemente eficiente. En este sentido, es abundante la literatura que lo critica por ser una herramienta que puede lesionar intereses ciudadanos expresados democráticamente o que pone un interés económico por sobre el resto. No es extraño, además, que la defensa a la metodología venga también por el lado de la eficiencia de la regulación y por lo tanto el menor costo social (que suele ser ganancia para el sector privado) que una regulación bien evaluada puede tener. Esto último tiene absoluto sentido si consideramos, como señala Gabriela Gardais, que:

La concepción del Estado moderno exige como condición fundamental la presencia de la eficiencia en el manejo de los recursos. El modelo económico imperante está definido sobre la base de la eficiencia en la asignación de los recursos y las variables macroeconómicas conocidas (apertura al comercio exterior, rol subsidiario del Estado y empresa privada emergente, y otras), implica que aquélla sea parte del sentir nacional y esté presente en todos sus sectores (Gardais, 2002: 326).

Es por lo mismo que esta herramienta se aviene tan bien con el modelo de Estado Regulador, también enfocado en la eficiencia. Sobre este punto, por ejemplo, resulta interesante analizar el concepto de Levi-Faur sobre Estado Regulador, en que este se define principalmente por sus instrumentos de gobernanza, que son la elaboración de normas, el monitoreo de las normas y la supervisión del cumplimiento de las normas de manera directa o indirecta y que alega tener un monopolio sobre ello como base de su legitimidad (Levi-Faur, 2013: 29-49). Como se verá más adelante, el desafío para

el Derecho Administrativo en el Estado Regulador es precisamente cómo lograr esta gobernanza y cómo en su rol de coordinador de las actividades privadas, puede efectivamente dictar las normas que sean necesarias para que esas actividades se lleven a cabo de manera eficiente, coordinada y tendiente al interés público.

Pero en lo que nos interesa en este artículo y sin perjuicio de los beneficios en términos de eficiencia, probablemente la principal ganancia para el Estado en la adopción de una metodología de EIR, es el hecho de que esta contiene una variante de participación ciudadana en el procedimiento de creación de reglas, y ello pone a este procedimiento y al Estado, en una posición mejorada para lograr regulaciones mejores, más efectivas y legítimas. Es en esto en que se enfocan los acápites siguientes, entendiendo que en el diseño del proceso participativo dentro del EIR se juega buena parte de sus posibilidades de éxito y el mayor aporte que puede hacer a la gestión pública.

Sobre el derecho a la participación ciudadana y la evaluación de impacto regulatorio

La participación ciudadana en la gestión pública

La participación ciudadana ha sido reconocida como un derecho, cuestión que en el caso chileno se encuentra en la ley 20.500. El instrumento más específico que la reconoce es La Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, suscrita por Chile y que señala en su art. 10º, inciso a, que «los Estados iberoamericanos procurarán constitucionalizar el reconocimiento del derecho de participación ciudadana en la gestión pública y regularán los mecanismos, procedimientos y garantías que éste requiere» (Ley 20.500, 2011: Art. 10º)

Este reconocimiento tiene mucho que ver con diversos razonamientos, pero el central es su relación con la idea de democracia. Así, los artículos 3º, 4º y 5º de la misma Carta expresan razones a favor de la participación ciudadana, en términos que se ha entendido que:

- La participación ciudadana es consustancial a la democracia;
- Que sirve para reforzar la posición de los ciudadanos en la comunidad;
- Permite la expresión de intereses y con ello la mejora en la calidad de vida;
- Fomenta una cultura de cooperación y respeto a la diversidad, al favorecer la interacción;
- Ayuda a lograr acuerdos;
- A aumentar la legitimidad y;
- La efectividad de las decisiones.

En la misma línea, la Subdere ha reconocido que:

La Participación Ciudadana, además de fortalecer la democracia y la gobernabilidad, lleva a la creación de una identidad nacional más auténtica, a partir de la incorporación en el quehacer público, de aquello que identifica a la gente. Por otra parte, la Participación Ciudadana mejora la calidad y eficiencia de la gestión pública, porque i) es un mecanismo de expresión e integración de las demandas ciudadanas en materias de interés público; ii) es una instancia para la entrega e incorporación de la capacidad propositiva e innovativa de la gente; iii) es un instrumento para el aporte de los ciudadanos en la consecución de sus demandas; y iv) es un instrumento de control ciudadana (Subdere, 2004: 7).

Como vemos, la participación ciudadana en la gestión pública es tanto un derecho en sí mismo como una herramienta que permite la consecución de otros objetivos. Esta dicotomía es siempre compleja, puesto que la conceptualización de la participación como herramienta supone la existencia de alguien que puede usarla y de fines que van más allá de ella misma. Si la participación es vista como derecho y reconocida como tal, entonces su satisfacción es un deber del Estado que no pasa por buscarle una utilidad a satisfacerla. Así como cualquier otro derecho, su respeto tiene que pasar por el reconocimiento de un valor intrínseco en él, que en el caso de la participación es un valor que fluye de la propia idea de democracia.

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos de este trabajo se hace importante estudiar la dimensión funcional de la participación ciudadana, habida consideración que ella se enmarca en un proceso específico de evaluación de regulaciones, de la que es un elemento integrante.

La participación ciudadana desde un punto de vista funcional

El derecho a la participación ciudadana ha sido generalmente reconocido como uno que permite mejorar los niveles de legitimidad y control sobre los procesos o sistemas en que es incluido de forma concreta. Ello considera distintos asuntos, acerca de los que la literatura se ha referido, explicando las funciones principales que esta herramienta cumple.

Sobre el aporte de los mecanismos de participación en la elaboración de leyes, Larios sostiene una posición muy cercana a la de la Carta, y señala el hecho de que la existencia de este mecanismo de participación implica «una intensificación de los principios de participación y pluralismo en el proceso legislativo» (Larios, 2003: 302). Este aporte de la participación, si bien nos parece que está planteado de manera tautológica, podría vincularse al hecho de que una participación efectiva mejora la calidad de las normas y por lo tanto su legitimidad, en tanto la adecuada calidad de una norma podría ser considerada una justificación aceptable para la existencia de la misma. Larios continúa expresando que otros aportes de la participación son:

- La obtención de mejor información por parte del Congreso;
- La intensificación del principio de transparencia y publicidad;

- El aumento de la legitimidad, y;
- El aumento de la eficacia de las leyes (Larios, 2003: 303-312).

Castellá, por su parte, ha estudiado el derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos. El autor considera que el derecho a la participación en el Estado social y democrático de Derecho tiene tres funciones diferenciables. La primera sería articular modalidades de ejercicio de la democracia, en lo que se refiere a los asuntos públicos, complementando a las decisiones de los representantes y controlándolas. Una segunda sería una función defensiva, en el sentido de que una violación a los derechos de participación podría importar la activación de procesos jurisdiccionales. Por último, existiría una función prestacional en cuanto el Estado se ve obligado a poner a disposición de los ciudadanos los dispositivos suficientes y necesarios para que el derecho a la participación pueda manifestarse (Castella, 2001: 147-148).

El mismo autor, al referirse específicamente a las finalidades que la participación puede tener en el procedimiento administrativo, identifica en primer lugar que la participación favorece la transparencia en la actuación administrativa y propicia el control por parte de los ciudadanos. En seguida, reconoce la posibilidad que ésta da a los ciudadanos para colaborar con los órganos de la administración en la consecución del bien común, aportando pluralidad de intereses y visiones. Por último, se favorecería con la participación ciudadana que los ciudadanos se integren en la democracia de manera directa (Castella, 2001: 147-148).

Así, podemos notar que los dos autores revisados nos presentan distintas funciones que vendría a cumplir la participación, siendo finalmente dos los objetivos principales que podemos desprender de su utilización. El primero de ellos, y el más evidente, es el aumento en la democracia del procedimiento en que se incorpora este espacio. El segundo, también como una consecuencia de lo anterior, es la mejora de la eficiencia. Ambos serán trabajados de forma más extensa en los próximos acápite, en la medida que responden de manera bastante simétrica a los que son reconocidos como aportes de la propia EIR.

Participación ciudadana en las EIR

Como se ha señalado, uno de los requisitos principales de la EIR es la participación ciudadana, la que en principio debería estar presente en todas las fases de la misma, desde el diagnóstico que lleva a la necesidad de cambio regulatorio, hasta la ejecución de la norma y su posterior evaluación. Esto, por supuesto, en el entendido de que la EIR que haya de implementarse tenga la fase *ex ante* y *ex post* de revisión de la norma, que es la manera en que consideramos funciona de forma óptima este procedimiento.

Sobre la consideración de la participación ciudadana como uno de los principales requisitos del EIR, tenemos las recomendaciones de la OCDE, que dice, por ejemplo;

Chile está tras la mayoría de los países OCDE en asegurar que el público pueda sistemáticamente participar en los procesos regulatorios. Las prácticas de consulta varían

entre los reguladores, pero no hay una autoridad única que se asegure que esas consultas en realidad fueron llevadas a cabo y si fueron adecuadamente conducidas antes que la regulación sea creada (OCDE, 2016: 109).

La importancia de la participación ciudadana en la creación de regulaciones viene reafirmada por el Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Fortalecimiento de la Sociedad Civil, que en su informe «Propuestas prioritarias de reforma a la ley 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana» señala, en su punto 50, bajo el título de «otras propuestas»

Incorporar la participación ciudadana en la creación y modificación de normas administrativas en línea con la creación de un procedimiento de evaluación de impacto regulatorio, de acuerdo a lo propuesto por la OCDE (Consejo Nacional de Participación Ciudadana y Fortalecimiento de la Sociedad Civil, 2017: 113)

Esta mención es un claro reconocimiento de la importancia que para la participación ciudadana tiene la creación de este procedimiento de evaluación, precisamente porque importa la incorporación de los ciudadanos en la toma de decisiones regulatorias por parte de la Administración.

Sobre las diversas formas de participación ciudadana

Respecto a la inclusión efectiva de la participación ciudadana dentro de un sistema de Evaluación de Impacto Regulatorio, cabe señalar una serie de aspectos que son importantes para definir como hemos de implementarla, ya que esta se presenta de variadas formas según lo que resulte más efectivo para lograr mejorar la democracia interna de la institución sometida a la misma.

Son diversos los métodos que los últimos años la institucionalidad ha generado para alcanzar mayores niveles de participación. Desde 1990 uno de los más comunes son los Consejos o Comisiones, que suelen tener un carácter consultivo, e incluyen la participación de representantes del sector público y de la sociedad civil (De La Maza, 2010: 21). En ellos suele invitarse a quienes se encuentran relacionados de alguna forma al área de la nueva norma, generalmente técnicos y profesionales dedicados al tema.

Otra forma es a través de la circulación de borradores de consulta. Este mecanismo permite alcanzar un gran espectro de personas. En él, cada uno puede revisar los borradores y realizar las observaciones que estime pertinentes. Al final del proceso, el órgano encargado da respuesta a los observantes según las inquietudes que hayan manifestado. Uno de los problemas evidentes de este mecanismo es la amplitud del mismo, siendo del caso que generalmente la circulación de borradores se hace a grupos muy pequeños de personas que tienen una relación directa con el organismo que está creando la regulación. El carácter relativamente cerrado de este mecanismo, además, favorece las posibilidades de captura. Sin embargo, se afirma que la recolección de opiniones de los distintos grupos interesados de forma flexible y no estandarizada resulta de gran

utilidad para poder, en una menor cantidad de tiempo, captar el mayor número de opiniones pertenecientes a diversos grupos de la población (OCDE, 2006: 2).

La existencia de métodos de consulta pública son considerados claves para mejorar la eficiencia, transparencia y efectividad de la regulación. La OCDE señala que:

La consulta pública incrementa la información disponible para los gobiernos, en base a los cuales se toman las decisiones políticas. La utilización de estas herramientas políticas, particularmente la EIR, y el peso de las mismas, ha significado que la consulta se haya vuelto cada vez más necesaria para recolectar información empírica con el propósito de analizarla, revisar expectativas, e identificar las políticas alternativas que no son evidentes a la hora de tomar la decisión política (OCDE, 2006: 1).

Sin embargo, es necesario considerar que la implementación de cualquiera de estos sistemas suele presentar dificultades, que, de ser anticipadas y tratadas de forma correcta, pueden superarse para no entorpecer el proceso. En primer lugar, está el problema suscitado por los recursos disponibles, ya que no todos los participantes cuentan con ellos en igual medida, y porque además el tiempo que se debe invertir para participar de manera íntegra en la generación de una evaluación no es menor, siendo difícil que los ciudadanos ocupen su tiempo, escaso y costoso, en ello. Esto puede intentar evitarse mediante la utilización de sistemas participativos que cuenten con un diseño que facilite el acceso a la ciudadanía, o bien que se lleve a cabo en horarios donde la jornada laboral no entorpezca la cantidad de público asistente.

Luego, existen dificultades asociadas a la información relativa a la regulación que está siendo evaluada. Es necesario para lograr que haya participación efectiva de la ciudadanía, independiente de su cantidad de recursos, que existan plataformas y medios de entrega de información de fácil acceso. La misma debe estar siempre completa, ha de ser pertinente, y debiese tener una presentación simple, que facilite su entendimiento por parte de quienes decidan involucrarse en el proceso. Finalmente, otro punto elemental en la realización de procesos de participación ciudadana es la manera en que se fija que han de entregarse las respuestas por parte del órgano de la administración que se encuentra guiando el proceso.

Un ejemplo de esto último es el proceso de participación ciudadana considerado en Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El artículo 29 de la ley 19300 establece, respecto a las observaciones que se realicen a un proyecto que está siendo sometido a evaluación, que el Servicio de Evaluación Ambiental «deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución» (Ley 19.300, 1994: Art. 29). Así, cada observación ha de tener necesariamente una respuesta completa, que permita entender cómo esta se considera de forma seria en la planificación del proyecto. A mayor abundamiento, la misma ley establece la posibilidad de reclamación administrativa y luego judicial de los participantes, cuando sus observaciones no hayan sido debidamente consideradas.

La respuesta a las observaciones ciudadanas es uno de los aspectos clave del proceso. Independiente del tipo de procedimiento que se lleve a cabo, éstas necesariamente

deben ser consideradas y respondidas por el órgano competente. Por supuesto, la respuesta no ha de ser una mera formalidad, sino que debe ser pertinente y completa, permitiendo a quienes participen comprender el fundamento de la decisión tomada.

Cepal ha listado los principios que deben regir los procedimientos de participación ciudadana, señalando que estos sería los de:

- Transparencia y Acceso a la información;
- No exclusión;
- Voluntariedad;
- Equidad;
- Reconocimiento y respeto por la diversidad, y;
- Receptividad.

Como la misma organización señala, y suscribimos dicha aseveración, los principios en cuestión deben estar presentes en cualquier proceso participativo con independencia del nivel de incidencia que el mismo tenga (Sandoval, Sanhueza y Williner, 2015: 16 y 17).

En el mismo sentido, la OCDE ha señalado que existen 10 principios para realizar una creación de políticas que sea abierta e inclusiva:

- Compromiso en todo nivel con la participación;
- El derecho de las personas a participar y ser informados debe estar afirmado en instrumentos normativos;
- Los objetivos y límites de la participación deben ser claros, al igual que la información que se entrega;
- Los procesos participativos deben llevarse a cabo lo antes posible y deben tener una duración adecuada;
- Todos los ciudadanos deben tener la oportunidad de ser incluidos y debe haber un esfuerzo por intentar una participación amplia;
- Deben destinarse recursos humanos y materiales adecuados para los procesos participativos;
- Los procesos participativos deben ser coordinados desde el gobierno para evitar duplicaciones;
- Debe existir un sistema externo de *accountability* que asegure el cumplimiento de las obligaciones del gobierno;
- El gobierno debe evaluarse a sí mismo en este respecto, y;
- Los gobiernos deben buscar las herramientas para tener una ciudadanía activa (OCDE, 2009: 17).

Como vemos entonces, la generalidad de los principios reconocidos para la aplicación de procesos participativos deja en evidencia que la participación de alguna manera se encuentra basada en la idea de igualdad y a la vez impulsa a dicho valor. Como veremos a continuación, el hecho de que el EIR importe un proceso participativo puede convertirse en una importante manera de mejorar nuestra democracia.

El EIR como impulso al principio democrático

Decíamos antes que el EIR es visto en general como un procedimiento que principalmente busca empujar la eficiencia, especialmente en cuanto se basa en metodologías de análisis de costo/beneficio. Esto es criticado por obviar otros valores igualmente legítimos para la toma de decisiones regulatorias. Sin embargo, creemos que el EIR tiene objetivos que van más allá de los que solo miran a la eficiencia.

Un análisis posible, que ha sido realizado por Keohane, es que el EIR envuelve un aspecto tecnocrático y uno democrático. En su visión, lo tecnocrático viene dado por la evaluación económica, cuestión con la que concordamos. Lo democrático, por su parte, viene dado por la transparencia que se produce de los costos y beneficios de una determinada regulación, cuestión que permitiría a su vez el control del poder por parte de la ciudadanía a través de la eventual litigación, pero también por el mero hecho de que la Administración se encuentre obligada a transparentar la manera en que calcula, y el cálculo, de los costos y beneficios de una regulación (Keohane, 2009: 48-51).

Sobre este punto vale la pena detenernos. Es evidente que el EIR tiene una función de control en relación con la Administración, la cual fluye no solamente de la participación ciudadana, sino del mismo hecho de la transparencia y de la obligación de cumplir con un procedimiento determinado para poder crear una regulación. Sin embargo, no concordamos con Keohane que sea este elemento de control el que le otorgue un carácter democrático al EIR, sino que creemos que es la participación misma la que incorpora mejores niveles de democracia. Luego, además la participación conlleva una mejora en aspectos de control.

Ahora bien, incluso desde el punto de vista de la participación ciudadana como instrumento de control, ella no podría enmarcarse dentro de las formas tradicionales de concebirlo. En ese sentido, por ejemplo, no es calificable como un «juicio de conformidad a ciertas reglas, que implica, en caso de disconformidad, una medida represiva, preventiva o rectificadora» (Cordero, 2009: 20), que es el concepto del profesor Cordero. Por otra parte, la participación tiene la gracia de ser un control que no reconoce los límites que tradicionalmente se sugieren para los instrumentos de control; no siendo una potestad estatal, la participación ciudadana suele abordar cuestiones de legalidad, técnico-científicas, de política pública y propiamente políticas, todas las cuales pueden llevar a resultados controlables distintos.

Como ha señalado Waldron, no es correcto concebir el derecho a la participación en términos negativos, como la mera posibilidad de evitar la interferencia del poder estatal, sino que necesariamente tiene que ver con el reconocimiento de las personas como

ciudadanas. En este sentido Marx, citado por Waldron, distingue entre los derechos de las personas como la propiedad y la libertad, propios de las personas individualmente consideradas y los derechos de los ciudadanos, que tienen un carácter político y sólo pueden ser ejercitados en comunidad (Waldron, 1998: 308-309).

La participación se produce en el mismo espacio intersubjetivo que se produce la democracia, que es una intersubjetividad donde existe un reconocimiento no sólo del otro, sino entre el Estado y los ciudadanos, como participantes todos de la consecución del bien común. Y nuevamente siguiendo a Waldron,

No podemos esperar que ninguna idea –dejada la sola idea de libertad- sea tomada en serio en la sociedad, no podemos esperar que una parte inteligente del público sienta su valor, si no es en sí misma sujeto de debate vigoroso y cultura progresiva (Waldron, 1999: 311).

Lo interesante de este último punto, que Waldron utiliza para contestar a Mill, es que podemos, respecto de la participación ciudadana en la gestión pública, hacerlo desde dos puntos de vista. Por un lado, la participación misma debe ser sujeto de este debate y por otro es la participación la que permite este debate.

El historiador Yuval Noah Harari introduce otra idea interesante a ser considerada en este punto. Las culturas son dinámicas precisamente porque quieren permanentemente superar sus contradicciones internas, sus disonancias cognitivas (Harari, 2014: 185-188). Para que estas contradicciones se hagan patentes, es idealmente necesario que exista un espacio y un procedimiento para ello. Mientras en la creación de la ley existe un gran entramado normativo que permite que se produzca deliberación, diferencias y progreso, a nivel reglamentario en Chile no hay nada que ni siquiera se acerque a ello, impidiéndose que se produzcan los procesos deliberativos que llevan a la exhibición y posterior superación de estas contradicciones internas.

En este espíritu, es que la participación ciudadana en la creación de regulaciones, que propicia la EIR, aparece como una herramienta que inyecta democracia y deliberación allí donde hoy sólo hay una representación de segunda mano, que proviene de la democracia representativa de elección presidencial, y su delegación en autoridades administrativas. Este mecanismo de representación ha sido denominado por Atria como principio comisarial, y apunta a explicar las características estructurales de la Administración del Estado como una manifestación de una estructura que se basa en la lógica del mandato, siendo las relaciones de responsabilidad y dependencia, y no la sujeción concreta a la ley, las que brindarían legitimidad material a las decisiones (Atria, 2016: 193). Son justamente estos los dispositivos que pareciera se cuestionan cuando nos enfrentamos a la actual crisis de legitimidad (o descontento o desafección), por el alcance que el mismo tiene, a ojos de la población, en la consecución de este fin.

Crisis y desafíos

Eficiencia y crisis de legitimidad

La crisis de legitimidad, desconfianza o desafección con la política que se advierte en Chile, difícilmente puede ser catalogada como un fenómeno únicamente local, o siquiera preponderantemente local. Bordoni y Baumann catalogan abiertamente a la crisis actual como una crisis de la democracia, siendo una de las cuestiones más interesantes el hecho de que sea posicionada como tal por la manera en que la economía ha tomado el control de la sociedad, dejándose con ello de lado otros valores que nos son preponderantes. Esta toma de poder de la economía tendría que ver con el postmodernismo:

Lo que ocurrió después de esa fase eufórica, que coincide con el fin de la modernidad, está ante los ojos de todos. El postmodernismo nos ha regalado la ilusión de vivir en un mundo liberado de las necesidades y las ideologías, abierto a una promesa de consumismo ilimitado, de una espectacularización cegadora, de la exaltación de la individualidad, y a cambio, de la precarización del trabajo, de la inseguridad y de la soledad (Baumann y Bordoni, 2015: 137)

La tematización del ingreso de la economía de manera hegemónica al pensamiento de las ciencias sociales es algo que nos interesa especialmente en este trabajo, producto de la tensión que antes se especificó. La Evaluación de Impacto Regulatorio, mirada desde un punto de vista más tecnocrático o economicista, agrega valor a la decisión de la Administración. Es concebida como una cuantificación de impactos, y por lo tanto de mejora a la eficiencia, que es vista en este espacio como en muchos otros, como si fuera un valor fundamental de la sociedad.

Pero uno de los problemas principales de la eficiencia, y en especial de la eficiencia paretiana, es que ella no tiene ninguna concepción de justicia aparejada, a pesar de que, para posturas más utilitaristas, ello aparezca como evidente. En ese sentido, por ejemplo, Rawls ha sido un crítico certero, y ha señalado que

Es claro que hay muchos puntos de eficiencia, de hecho, todos los puntos en la línea AB [del gráfico presentado por él]. El principio de eficiencia no selecciona por sí mismo una distribución particular de los commodities como la más eficiente. Para seleccionar entre las distribuciones eficientes, otros principios, los principios de justicia, son necesarios (Rawls, 1971: 68).

Es interesante esta cita porque opera, aparentemente, a un nivel asignativo, donde lo que importa es como se reparte un determinado bien. Pero en realidad incorpora una crítica que trasciende ese nivel para incluirse en el nivel de la justicia social, pues el problema no pasa por la asignación en sí misma, sino por la falta de un principio que haga a esa asignación justa.

Si la exacerbación de la eficiencia en desmedro de otros valores provoca una crisis en la democracia, una herramienta como el EIR tiene que estar atento a ello, sobre todo cuando se le ha cargado con la consideración de estar solo al servicio de la misma eficiencia.

Desafío: Democracia

Acorde a lo recién señalado, nuestro estado actual nos deja un importante desafío, en tanto no podemos encontrar valores que permitan a la ciudadanía comprender la justicia detrás de las decisiones que están siendo tomadas. Esta crisis de legitimidad sólo podrá verse superada en tanto seamos capaces de incorporar a nuestro sistema de regulación algo que permita recuperar los valores que el economicismo exacerbado desdibuja. La variable fundamental, como hemos expresado a lo largo de este artículo, es la participación.

La generación de un sistema de Evaluación de Impacto Regulatorio que sólo cuantifique los impactos sería inútil en este sentido. La instalación del EIR no puede prescindir del elemento democrático, o su legitimidad será cuestionable. A través de lo aquí señalado hemos buscado mostrar la importancia que los mecanismos de participación ciudadana juegan en este sentido, y el objetivo que se consigue a la hora de acercar, mediante su utilización, la toma de decisiones a quienes se verán afectados por ellas. Esta es la manera en que un medio como el propuesto no solo ha de mejorar el control que tenemos sobre las políticas públicas, sino que también ha de permitir democratizar algunos espacios institucionales que hoy, a ojos de la ciudadanía, son totalmente ajenos a ella.

A la hora de incorporar el EIR en los procedimientos de toma de decisión regulatoria, suele ponerse el énfasis en el hecho de que con estos procedimientos se asegura una decisión que es más eficiente. Si bien ello es cierto, en el presente artículo quisimos relevar el hecho de que también este procedimiento puede convertirse en una manera de integrar otros valores a través de la existencia de mejores espacios participativos.

Así las cosas, la Administración se ve desafiada de múltiples formas a la hora de querer incorporar el EIR a sus procesos regulatorios, siendo uno de dichos desafíos precisamente como es que la participación ciudadana va a ser llevada a cabo. En esa decisión y en su posterior aplicación se juega buena parte de la legitimidad del propio EIR, por lo que nos parece clave que ella al menos respete los principios que se han señalado y contribuya a una mejor relación entre Estado y ciudadanos.

Referencias

- ATRIA, Fernando (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- BAUMANN, Zygmund y Bordonni, Carlo (2015). *Stato di Crisi*. Traducción del autor. Roma: Einaudi.
- CASTELLA, Josep María (2001). *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*. Barcelona: Cedec Editorial.
- CONSEJO NACIONAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y FORTALECIMIENTO DE LA SOCIEDAD CIVIL, Informe: «Propuestas prioritarias de reforma a la ley 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana» Disponible en: <http://consejoparticipacion.cl/content/uploads/2017/01/informe-final.pdf>. [Última visita: 01 de marzo de 2017]

- CORDERO VEGA, Luis (2009). *El Control de la Administración del Estado*. Santiago: Legal Publishing.
- DE LA MAZA, Gonzalo (2010). «Conflicto político y diseños institucionales de participación en el caso chileno». *Revista de Sociología*, 23, 11-37.
- GARDAIS, Gabriela (2002). «El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables». *Revista de Derecho UCV*, 23, 323-341.
- HARARI, Yuval Noah (2014). *De Animales a Dioses*. Madrid: Debate.
- KEOHANE, Nathaniel (2009). *The technocratic and democratic functions of the CAIR Regulatory Analysis*. En Harrington, Winston, Lisa Heinzerling y Richard D. Morgenstern (editores) *Reforming Regulatory Impact Analysis*, Washington D.C.: Resources for the Future. Traducción de autor.
- LARIOS PATERNA, María Jesús (2003). *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*. Madrid: Congreso de los diputados.
- LEVI-FAUR, David (2013). «The Odyssey of the Regulatory State: From a Thin Monomorphic Concept to a Thick and Polymorphic Concept». *Law and Policy*, 35 (1-2), 29-49. Traducción del autor.
- MANZI JORGE, Mardones Rodrigo, Riveros Alejandra, Toro Sergio (2011). «Un enfoque de gestión para mejorar la eficacia legislativa en Chile» En: «Concurso políticas públicas 2011. Propuestas para Chile». Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile.
- MOYANO, Gonzalo (2014). «Incorporación del análisis de impacto regulatorio en Estados Unidos». *Revista de Derecho Económico*, 76, 101-124.
- OCDE (2006). *Background document on public consultation*, Pp. 1 y 2. Disponible en: <https://www.oecd.org/mena/governance/36785341.pdf>. [Última visita: 01 de marzo de 2017]. Traducción del autor.
- OCDE (2009). *Focus on Citizens, Public Engagement for Better Policy and Services*. Traducción del autor.
- OCDE (2008). *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis*. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/44789472.pdf>. [Última visita: 01 de marzo de 2017]. Traducción del autor.
- OCDE (2016). *Regulatory Policy in Chile*. Disponible en: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/regulatory-policy-in-chile_9789264254596-en#.WVb5BYjhDIU. Traducción del autor.
- RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press. Traducción del autor.
- SANDOVAL, Carlos, Andrea Sanhueza y Alicia Williner (2015). *La planificación participativa para lograr un cambio estructural con igualdad*. Manuales de la CEPAL. Santiago: Naciones Unidas, CEPAL.
- SUBSECRETARÍA DE DESARROLLO REGIONAL, Ministerio del Interior (2004). *Participación ciudadana en la gestión de gobiernos regionales y Municipales: Diagnóstico situación actual*. Documento de Trabajo, Disponible en: <http://www.subdere.gov.cl/>

sites/default/noticiasold/articles-76909_recurso_1.pdf [Última vista: 14 de noviembre de 2016]

WALDRON, Jeremy (1999). *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, P. 311. Traducción del autor.

WALDRON, Jeremy (1998). «The right of rights», En *Proceedings of the Aristotelian society*, new series, 98, 307-337. Traducción del autor.

Normas citadas

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE DE CHILE, Decreto 38/2013 que «aprueba Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión», publicado en el Diario Oficial el 22 de julio de 2013.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE DE CHILE, Decreto 39/2013 que «aprueba Reglamento para la dictación de planes de prevención y de descontaminación», publicado en el Diario Oficial el 22 de julio de 2013.

LEY 19.300, «aprueba Ley de Bases Generales del Medio Ambiente», publicada el 09 de marzo de 1994.

LEY 20.416, «fija normas especiales para las empresas de menor tamaño», publicada el 03 de febrero de 2010.

LEY 20.500, «sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública», publicada el 16 de febrero de 2011.

Sobre el autor

Ezio Costa Cordella es abogado de la Universidad de Chile. Magíster (Msc) en Regulación de London School of Economics and Political Science (LSE). Diplomado en Derecho Público Económico y Diplomado en Derecho y Política de la Competencia de la Facultad de Derecho de la U.Chile. Es profesor de Derecho y Regulación Ambiental en la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas y de Derecho Internacional Económico en la Facultad de Derecho de la U. de Chile. Forma parte del equipo de investigadores de RegCom desde 2011. Además, es Director Ejecutivo de la ONG FIMA desde 2012. Su correo electrónico es ecosta@derecho.uchile.cl.