

ARTÍCULOS

Regulación del análisis de impacto regulatorio en Chile: El caso del medio ambiente y los recursos naturales

Regulatory impact assessment in Chile: the case of environment and natural resources

Ezio Costa Cordella 

Universidad de Chile

Antonia Berríos Bloomfield 

Abogada, ONG FIMA

María Catalina Soruco Cruzat 

Estudiante de Derecho, Universidad de Chile

RESUMEN Este artículo estudia el análisis de impacto regulatorio y sus contornos, así como la manera en que este puede mejorar las decisiones públicas, especialmente aquellas relacionadas con materias ambientales. A continuación, y a propósito de dos instructivos presidenciales consecutivos, revisa la manera en que el análisis de impacto regulatorio se ha implementado en Chile, usando como caso de estudio las normas relacionadas con medio ambiente y recursos naturales entre 2019 y 2022.

PALABRAS CLAVE Medio ambiente, análisis de impacto regulatorio, evaluación de impacto regulatorio, recursos naturales, mejora regulatoria.

ABSTRACT This article analyzes the methodology of Regulatory Impact Assessment and how it could be applied in environmental matters to produce better public decisions. It looks at two presidential executive orders that have been the regulatory source or RIA in Chile and evaluates how they have been applied in decisions regarding environmental and natural resources matters, between 2019 and 2022.

KEYWORDS Environment, regulatory impact assessment, natural resources, regulatory impact analysis, better regulation.

Introducción

El análisis de impacto regulatorio (también llamado evaluación de impacto regulatorio) es una metodología que permite la identificación de los efectos de una propuesta de cambio regulatorio y, consiguientemente, la toma de decisiones más informadas y consistentes por parte del Estado.

Esta metodología ha sido impulsada fuertemente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como parte de una agenda de mejora regulatoria, y es aplicada en un número importante de países del mundo, dadas sus ventajas para la toma de decisiones y el avance democrático que supone. El análisis de impacto regulatorio es un instrumento que permite comparar y elegir la mejor alternativa para la implementación de una política pública o una decisión gubernamental, contrastando los efectos positivos y negativos respecto a su ejecución. Así, se busca generar beneficios que sean mayores a los costos, además de fomentar la transparencia, eficiencia y calidad en las regulaciones públicas.

Las evaluaciones que ha hecho la OCDE sobre Chile en materia regulatoria han venido marcando la necesidad de incorporar esta metodología, cuestión que es posible apreciar en la evaluación regulatoria de 2016 y, en específico, en la evaluación sobre la incorporación del análisis de impacto regulatorio de 2017. Tales recomendaciones, sin embargo, no han encontrado un correlato normativo consistente en el país, puesto que únicamente se han dictado instructivos presidenciales tendientes a regular la realización de análisis de impacto regulatorio.

El Instructivo Presidencial 003,¹ de 2019, instruye la elaboración de informes de impacto regulatorio en proyectos de ley que sean de iniciativa del Ejecutivo, o decretos presidenciales o ministeriales que contengan normas de aplicación general.

Mientras que el análisis de impacto regulatorio tiene una importancia de carácter general, puede resultar particularmente significativo en áreas donde los costos y beneficios abarcan a un número indeterminable de personas, generándose lo que se conoce como interés difuso. Esta especial relevancia dice relación con el hecho de que son áreas en que, de acuerdo con las teorías económicas de la regulación, la captura por parte de la industria se hace más probable. Además, al no contar los y las ciudadanas con intereses concentrados, posiblemente tampoco existirá una organización capaz de influir en el devenir de las políticas públicas.

1. Disponible en <https://bit.ly/3HQxUE9>.

En el caso de los bienes comunes y la naturaleza, se produce claramente este fenómeno, puesto que, por una parte, existe un interés difuso en su protección, y, por otra, intereses concentrados en su explotación. Esto es particularmente visible en el caso de los llamados recursos naturales, bienes que han sido catalogados como recursos y respecto de los cuales: i) en general, existen regulaciones sectoriales enfocadas en la explotación; ii) hay intereses industriales concentrados; iii) incluso en algunas ocasiones apoyo estatal directo para la explotación.²

Tomando en cuenta todo lo anterior, este trabajo busca comprender, en primer lugar, la profundidad y seriedad con que se ha incorporado el análisis de impacto regulatorio en Chile, a partir de los instructivos presidenciales en cuestión, haciendo hincapié en la naturaleza jurídica y las limitaciones de esa forma de regulación. Para esto, también observaremos cómo se ha normado esta materia en otros países, y las recomendaciones hechas por la OCDE.

Enseguida, el artículo avanza en un estudio de los casos en que ha existido un informe de impacto regulatorio en propuestas de modificaciones legales, tomando como área de interés aquellos que están relacionados especialmente con recursos naturales, para efectos de observar cómo dichos informes cumplen con las funciones y estándares de análisis de impacto regulatorio o por qué no lo hacen. El período de tiempo que se analiza abarca hasta el final del período presidencial de Sebastián Piñera, el 10 de marzo de 2022, y considera todos los informes publicados hasta esa fecha por parte de los organismos correspondientes.

El análisis de impacto regulatorio

Concepto y elementos esenciales

La OCDE define análisis de impacto regulatorio como la «herramienta que sirve para examinar de forma sistemática los beneficios, costos y efectos potenciales de una propuesta normativa (o alternativa no regulatoria), ya sea nueva o la modificación de una preexistente» (OCDE, 2019: 19).

Si bien el contenido específico podrá variar de administración en administración (como en cada país que lo implemente), podemos entenderlo como el análisis general y preliminar de los costos y beneficios que traería la implementación de una nueva regulación, realizada por la agencia regulatoria, con el objeto de evitar efectos negativos imprevistos y maximizar las ganancias que pueda traer sobre la economía y demás aspectos considerados.

2. Una parte de este fenómeno fue levantado por GreenLab UC en el *Informe de subsidios y otros instrumentos perjudiciales para el medio ambiente*, disponible en <https://bit.ly/3HG8R6D>.

En nuestro país, el análisis de impacto regulatorio fue por primera vez definido por la autoridad a través del Instructivo Presidencial 001,³ que imparte instrucciones sobre buenas prácticas regulatorias, de 2014, como el «enfoque basado en evidencia para la formulación de políticas públicas, donde se evalúan los efectos positivos y negativos del anteproyecto de regulación y sus alternativas». Luego de ser derogado este instructivo, los que le siguieron no reemplazaron dicha descripción por otra.

Su implementación en sistemas comparados proviene de que se ha constatado que la instalación de una nueva normativa o la modificación de una antigua puede tener efectos imprevistos sobre el desempeño de algún sector económico o social, el que, dependiendo del caso, puede ser negativo o positivo. Debido a ello, se hizo necesario establecer mecanismos que permitieran estudiar el proceso de elaboración y dictación de las normas, para conocer qué criterios se incorporan y a través de qué mecanismos, y así tomar la decisión que maximice los beneficios e impulse los principios democráticos. Así nace el análisis de impacto regulatorio como mecanismo estandarizado que permite comprender, analizar y, en algunos casos, cuantificar los impactos de una nueva regulación en la vida cívica.

Ha permitido, a los países que lo han aplicado, lidiar con la cada vez más compleja y abundante regulación, considerando que los mercados son también cada vez más dinámicos y globalizados.⁴ Así, es un método que se encuentra presente en todos los países miembros de la OCDE e incluso ha sido adoptado por varios que no forman parte de dicha organización (OCDE, 2019: 19).

Sin perjuicio de lo anterior, su efectividad es materia de discusión permanente. En lo que respecta a la OCDE, la herramienta se ha promovido como probada y se recomienda no solo su implementación, sino también progresivas mejoras en el diseño para aquellos países que ya lo aplican.

Las críticas al análisis de impacto regulatorio provienen de diferentes espectros. Han existido cuestionamientos a la metodología en sí misma, en lo que refiere a sus bases conceptuales, a uno de los instrumentos intermedios que puede usarse en la metodología, como es el análisis de costo beneficio, y con el efectivo desarrollo y aplicación de la metodología.

Respecto de las críticas al análisis de costo beneficio, tienen una larga data (Self, 1975): algunas van desde la oportunidad de usar este tipo de métodos para tomar decisiones de política pública, hasta la dificultad que existe para, efectivamente, cuantificar variables que no tienen valor de mercado, sino que un valor intrínseco, como la vida humana. Específicamente en materia ambiental, junto con las críticas por la imposibilidad de cuantificar el valor intrínseco de la naturaleza, se ha criticado, además,

3. Disponible en <https://bit.ly/3Wo3s8g>.

4. Jacobs, Scott (2006). *Current trends in regulatory impact analysis: The challenges of mainstreaming RIA into «policy-making»*. Jacobs and Associates.

que el análisis de costo beneficio no considera adecuadamente variables distributivas, que resta valor a la existencia futura y que es poco adecuado medir irreversibilidad e incertidumbres, entre otras (Atkinson y Mourato, 2008).

Sobre la aplicación efectiva de la metodología y el cumplimiento de sus objetivos, se ha cuestionado que evidentemente lleve a tomar mejores decisiones y que además sea aplicada de forma correcta por los funcionarios que se hacen cargo de ella, como muestra un reciente estudio de Saab y Almeida (2021), en el cual se expresan las debilidades e inconsistencias de la aplicación efectiva de la metodología en cuarenta países.

En el mismo sentido, Carroll (2010: 121) hace una revisión del desarrollo de la herramienta en el tiempo, concluyendo que, en general, no ha sido aplicada de manera completamente correcta, pero que, además, los problemas metodológicos hacen imposible que su utilización logre cumplir con aquello que la herramienta promete. Llamativamente y sin perjuicio de lo anterior, el autor cree que su uso sí ha llevado a tener mejores regulaciones, aun cuando lo haga en un sentido mucho más limitado que el que se pretendería.

Por otro lado, de acuerdo con la OCDE, el análisis de impacto regulatorio óptimo contiene los siguientes elementos esenciales: i) definición del problema; ii) identificación de los objetivos de la política pública; iii) estudio de las alternativas a la regulación; iv) evaluación de impactos; v) cumplimiento de la regulación, monitoreo y evaluación; y vi) la consulta pública (OCDE, 2019: 20). Del correcto desempeño en el trabajo de estos componentes depende la capacidad del regulador de hacer la evaluación correcta de la necesidad de una nueva normativa y de la calidad de las disposiciones propuestas.

Se espera que el ente regulador pueda, primero, considerar la opción de no intervenir de ninguna forma y, luego, sopesar los impactos en tres esferas: económica, social y medioambiental. Aquello, considerando tanto los efectos a corto, mediano y largo plazo, y buscando la coherencia con los mecanismos de política pública que se han impulsado a nivel global (OCDE, 2019: 21).

En la generalidad de los casos, para la implementación de regulaciones de impacto leve o moderado, se estima como suficiente un análisis cualitativo con la identificación de los costos y beneficios, directos o indirectos, que sufran o reciban los entes privados, la sociedad civil o la administración del Estado, en la implementación de la nueva normativa. Sin embargo, en aquellos casos de normativas de un impacto potencial mayor, se recomienda fuertemente la cuantificación de dicho impacto, lo que deberá incorporar costos directos, como la administración de nuevos procesos, el financiamiento de inversiones, entre otros; y los costos indirectos, como los incentivos o desincentivos generados, costos de oportunidad y otros efectos derivados (OCDE, 2019: 21).

Es necesario que el análisis de impacto regulatorio considere la consulta a los ciudadanos, el monitoreo y evaluación de la propuesta regulatoria implementada,

de modo que pueda conocerse si se están cumpliendo los objetivos de la misma y, en caso que no sea así, qué medidas son necesarias para dicho cumplimiento.

Por último, se recomienda que el proceso sea monitoreado por una institución «que tenga como uno de sus principales objetivos asegurar que el proceso de emisión de la regulación supera los controles diseñados con los estándares definidos (órgano de supervisión)» (OCDE, 2019: 21). Al respecto, resulta relevante para el éxito del modelo que exista un órgano cuyos incentivos estén puestos en mejorar la calidad de la regulación, el que también puede tener funciones en materia de participación y transparencia.

Por otra parte, según los estándares promovidos, la aplicación del análisis de impacto regulatorio debe ocurrir en diferentes etapas del ciclo de generación de una nueva normativa, incluyendo especialmente las etapas preliminares, pero sin olvidar aquellas posteriores que permiten evaluar y obtener conclusiones para mejorar la regulación implementada o futuras necesidades de intervención de la administración.

Primero, debe tener lugar en las etapas de identificación del problema, a través de una consulta preliminar a los interesados para determinar correctamente el problema identificado, describirlo y precisarlo, de ser necesario (OCDE, 2019: 26). Así, es posible determinar la pertinencia (o falta de ella) de incorporar una nueva regulación y de qué tipo. Luego, el análisis de impacto regulatorio, a través del análisis de costo beneficio, permite escoger el mejor mecanismo de intervención, ya sea con mecanismos regulatorios o no. Esto significa que se compararán las diferentes alternativas regulatorias, con sus costos y beneficios para determinar cuál es la que otorga mayor ganancia.

En tercer lugar, debe aplicarse para diseñar la normativa, buscando que esta resulte lo más adecuada posible, incorporando para ello un proceso de consulta adicional que resulta muy relevante. Este proceso de consulta debe propender a identificar las lagunas, sesgos y otros efectos que no hayan sido identificados por el regulador pero que sí sean cognoscibles por quienes van a resultar afectados por la regulación. Se produce un espacio de colaboración y apertura del regulador, que permitirá una normativa más precisa y mejor legitimada por sus destinatarios. Además, es una instancia de comunicación entre la administración y los administrados, en la que se comunican y se comprenden las razones de las decisiones normativas, abriendo espacio a la transparencia e injerencia de los interesados en el proceso.

La efectividad y conveniencia del análisis de impacto regulatorio es promovida por la OCDE como parte esencial de la gobernanza regulatoria y, si bien nos parece que es una herramienta útil, también creemos que hay que matizar la potencia que tendría para efectos de mejorar la regulación. Como señalamos anteriormente, existen críticas fundadas sobre el uso de la herramienta, algunas que provienen de una evaluación sobre cómo el análisis de impacto regulatorio efectivamente ha sido utilizado y otras que se enmarcan en cuestiones más ontológicas del uso de esta herramienta.

Si bien el presente trabajo no hace un análisis exhaustivo de ella, sino de los modos en que se ha usado en Chile, nos parece importante dar cuenta de que todas las bondades descritas por la OCDE tienen que ser analizadas críticamente antes de ponerla en práctica y, sobre todo, antes de darle mayor valor en términos institucionales.

Relevancia del análisis de impacto regulatorio en el desarrollo de políticas públicas

La necesidad de evaluar la normativa proviene del impacto que esta puede producir. Una buena regulación puede solucionar problemas de relevancia pública, empujar el cuidado de determinados valores o generar un nuevo mercado, empleo, incentivos y satisfacción de necesidades; una mala puede dañar las posibilidades efectivas de que ciertos objetivos se realicen. En este sentido, incluso se ha levantado toda una línea de investigación relacionada con las llamadas «fallas regulatorias» (Haines, 2009).

El conocimiento previo y preciso del modo en que influirá una determinada normativa en las personas, territorios y mercados, permite prever los problemas de la implementación de la política pública que se busca instalar. De tal modo, permite anticiparse a las barreras y dificultades en el cumplimiento de sus objetivos, pudiendo mejorar el diseño a tiempo para evitar costos adicionales que impidan que la política resulte efectiva. La relevancia de implementar procesos que vigilen la calidad de la regulación estaría en los efectos potenciales que pueden producir, ya que es posible obtener un beneficio mayor si se analiza correctamente el diseño, oportunidad y aporte concreto de la regulación propuesta (OCDE, 2019: 16).

El análisis de impacto regulatorio puede ayudar al regulador a mejorar la toma de decisiones, ya que incorpora un proceso sistemático que permite comparar decisiones de política y plantearse la viabilidad económica. La OCDE ha señalado que «el proceso de emisión de normativa tiene una influencia importante sobre el cumplimiento de los objetivos planteados y el posible beneficio neto potencial» (OCDE, 2019: 16).

Para el organismo multilateral, los beneficios del análisis de impacto regulatorio han sido enfocados desde: i) la producción de eficiencias, haciendo énfasis especialmente en el hecho de que parte de su metodología esté vinculada al análisis de costos y beneficios. No obstante, creemos que esta es una visión muy estrecha y economicista de la potencialidad del análisis de impacto regulatorio, pues ii) este procedimiento también contribuye a la transparencia, disminuyendo las posibilidades de captura del regulador; iii) incorpora variables de participación ciudadana, contribuyendo a profundizar la democracia; y iv) genera información pública que mejora el conocimiento y la toma de decisiones en general.

Al respecto, en Chile, el Instructivo Presidencial 003 (2019) reconoce que tener una regulación sólida, clara y ordenada es crucial para un óptimo desarrollo:

Hoy existe amplio consenso a nivel mundial de la importancia que tiene una buena política regulatoria, y la directa correlación que existe entre los estándares de vida de un país y la productividad del mismo, en relación con la existencia de un marco regulatorio sólido y claro, que promueva mercados más competitivos, elimine barreras y trabas innecesarias para emprender e innovar, e incentive la creación de empleos.

Relevancia específica del análisis de impacto regulatorio en materia ambiental

El análisis de impacto regulatorio como base de aplicación de los principios del derecho ambiental

Tanto por la dinámica del medio ambiente en general, como por los efectos de la crisis climática y ecológica, la toma de decisiones regulatorias en materia ambiental, haciendo una previsión de los impactos de las mismas, parece especialmente importante. Lo es, además, porque permite incorporar en las regulaciones visiones que son propias de los principios del derecho ambiental, como la prevención, la precaución y la solución de las externalidades negativas, cuestión que es la base del principio contaminador-pagador.

En lo que se refiere a los principios de prevención y precaución, ambos parten de supuestos de conocimiento técnico. El principio precautorio es aquel según el cual la falta de certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces que impidan la degradación del medio ambiente.⁵ El principio preventivo, por su parte, opera sobre riesgos conocidos y en virtud de este, dichos riesgos deben ser evitados antes de verificarse, adoptando las medidas disponibles al efecto.

El rol de la información en ambos casos es esencial. Sin información suficiente, clara y oportuna, es imposible para el regulador tomar decisiones que sean preventivas y/o precautorias. Dicha información puede ser levantada de diferentes maneras y para efectos de diferentes procedimientos que lleve a cabo la administración, pero es un hecho que sin ella las decisiones serán, al menos, muy difíciles de justificar racionalmente.

Es en este punto donde la existencia de procedimientos de análisis de impacto regulatorio se vuelve muy útil, puesto que la evaluación de las regulaciones requiere, a su vez, de un levantamiento de información que, como hemos explicado, debe ser suficiente para evaluar efectivamente los costos y beneficios, así como las alternativas regulatorias. En dichas evaluaciones, los principios preventivo y precautorio deberían ser parte de las variables que el regulador considere a la hora de decidir.

5. La formulación de este principio proviene del artículo 15 de la Declaración de Río de 1992. Disponible en <https://bit.ly/3WxuFWD>.

Enseguida, en lo que se refiere al principio contaminador-pagador, este es entendido como aquel según el cual quien causa las externalidades ambientales negativas está obligado a costearlas (Bermúdez, 2014: 49). En efecto, y como señala De Sadeleer (2002: 21): «El principio de quien contamina paga es una regla económica de asignación de costos cuya base radica precisamente en la teoría de las externalidades. Requiere que el contaminador asuma la responsabilidad de los costos externos que surgen de su contaminación».

En base al principio contaminador-pagador se establecen las diferentes medidas con las que se mitigará, compensará o reparará el medio ambiente afectado por una determinada decisión. Por lo mismo, el efectivo establecimiento de esas medidas, ya sea en el Servicio de Evaluación Ambiental o en cualquier otro espacio regulatorio, demanda el cálculo de las externalidades en cuestión.

Acá aparece aún más claramente la potencia que debiera tener el análisis de impacto regulatorio para efectos de dar cumplimiento a este principio, pues mediante su metodología se hará posible efectivamente conocer las externalidades que se están produciendo e incluso su distribución.

Un gran número de actividades humanas reguladas producen externalidades negativas ambientales. Por lo mismo, el efecto de una regulación en el medio ambiente es uno de los ejes centrales del análisis de impacto regulatorio, junto con los efectos económicos y sociales. Asimismo, estos principios suelen realizarse o tomar forma a través de la regulación, pues precisamente existen para provocar en el regulador una conducta que corrija fallas de mercado. De esta forma, el correcto desarrollo del análisis de impacto regulatorio influirá frecuentemente en el estado de conservación del medio ambiente, ya sea a través de evitar costos ambientales superiores a los beneficios de una determinada regulación o, bien, a través de la implementación de una eficiente regulación ambiental.

Transparencia, participación e intereses difusos: evitando la captura del regulador ambiental

Una de las funciones que podemos atribuir al análisis de impacto regulatorio es la de favorecer condiciones que evitan la captura del regulador. Lo anterior, por cuanto la apertura de la información con la que se toman decisiones y el acceso a procedimientos de participación ciudadana permiten a los ciudadanos y ciudadanas observar el proceso, complejizando las posibilidades de que este sea capturado en beneficio de un interés privado.

En la línea de estudio de la captura del regulador, el supuesto básico es que un agente que quiere maximizar sus ganancias buscará hacerse del poder coercitivo del Estado, para aumentar sus ingresos mediante los diversos instrumentos de que el regulador dispone (Stigler, 1971: 3-21). «La captura del regulador puede entenderse

como el resultado o proceso mediante el cual la regulación, en su dictación o aplicación, es consistente y repetidamente dirigida fuera del interés público, apuntando a intereses de la industria regulada, por la acción o intención de la propia industria» (Carpenter y Moss, 2013).

La referida captura puede verse favorecida por ciertas condiciones, entre las que se encuentra que el regulador tenga alta discrecionalidad, escasez de conocimientos e inexistencia de procedimientos (Zinn, 2002: 81-173). Estas condiciones favorecen la captura, precisamente porque permiten un movimiento más libre y opaco al regulador, en el caso de la inexistencia de procedimientos y de los grados altos de discrecionalidad, mientras que, en el evento de la escasez de conocimiento, lo llevan a confiar en la información disponible, que muchas veces puede ser producida por los propios regulados.

A mayor abundamiento, desde los orígenes de la discusión sobre la captura del regulador se ha entendido que esta es más posible en la medida que los intereses de las industrias reguladas se encuentren concentrados y los intereses de los usuarios, consumidores o comunidades sean intereses difusos (Baldwin, Cave y Lodge, 2012: 44).

Una buena parte de las condiciones anteriores se cumplen en materia ambiental. En primer lugar, porque las áreas de discrecionalidad del regulador suelen ser relativamente amplias, al tener que dar cuerpo a variables como el desarrollo sustentable, la justicia ambiental y el riesgo aceptable (Barrientos y Costa, 2019: 227-255). Enseguida, porque en nuestro derecho no existe un procedimiento general para la dictación de regulaciones administrativas ni para la creación de proyectos de ley, salvo la aplicación de la Ley 19.880 en algunos casos o los procedimientos específicos previstos en leyes especiales, como la dictación de normas de emisión y calidad, y de planes de prevención y descontaminación. Este segundo punto es un vacío del que precisamente cuestiones como el análisis de impacto regulatorio pretenden hacerse cargo.

Asimismo, la concentración de los intereses de las industrias reguladas es algo que podría observarse caso a caso, pero que en términos generales podemos presumir, a propósito de que precisamente en materia ambiental se reconoce la existencia de una evidente difusión de los intereses públicos (Cordero, 2012: 373), en cuanto no solo alcanzan a todas las personas, sino que, además, importan un interés para las generaciones futuras y otras vidas no humanas, las que no serán normalmente representadas.

En estas circunstancias, aparece como evidente que uno de los remedios que se han generado para evitar las condiciones que favorecen la captura sea precisamente la creación de procedimientos de creación de regulaciones que conduzcan al control desde diferentes perspectivas. En el caso del análisis de impacto regulatorio, se favorece tanto un control técnico-económico, mediante el análisis de costo beneficio, como uno popular, mediante la participación ciudadana, y uno judicial, a través de la potencial revisión de los actos administrativos, a la luz de las condiciones del propio procedimiento,

El análisis de impacto regulatorio establece mecanismos de transparencia y participación que resultan trascendentales en materia de regulación ambiental y tienen que ver con las tensiones de la participación en esta materia. En primer lugar, es una variable central en las decisiones que se deben tomar en materia ambiental la gestión de los riesgos aceptables asociados al comportamiento del medio ambiente. En este ejercicio, es fundamental determinar cuál es el nivel aceptable de riesgo que estamos, como sociedad, dispuestos a aceptar, y para ello es necesario tanto establecer los parámetros técnicos de riesgo, como consultar a la ciudadanía. Ambas son cuestiones ausentes sin la existencia de un procedimiento como el análisis de impacto regulatorio (Costa, 2018: 37-52).

De la misma manera, la participación ciudadana que se produce en el análisis de impacto regulatorio mejora las posibilidades de que las determinaciones que se adopten queden en el entorno del espectro de la justicia ambiental, dentro del cual el principio de la regulación manda no solo a distribuir las cargas y beneficios entre todos de una forma equitativa, sino que también hacia una óptima distribución del poder. Por último, el procedimiento de participación ciudadana en los análisis de impacto regulatorio permite encontrar un espectro posible de desarrollo sustentable, pues la definición de este dependerá, en definitiva, del resultado de la tensión entre las presiones de los distintos actores por el desarrollo económico y la conservación del estado del medio ambiente.

Finalmente, desde una perspectiva de derechos, cabe señalar que el derecho constitucionalmente consagrado de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contiene el derecho a participar en la toma de decisiones de la autoridad en materia ambiental. Por lo tanto, la participación en los análisis de impacto regulatorio para regulaciones que tengan un impacto en el medio ambiente permite el goce de esta garantía fundamental.

De esta forma, el análisis de impacto regulatorio permitiría dar cumplimiento a la necesidad de una normativa óptima y efectiva, al mismo tiempo que abriría espacios de participación que son especialmente requeridos en materia ambiental.

¿Cuáles son los análisis de impacto regulatorio parte del derecho ambiental?

Este trabajo revisa especialmente el desarrollo del análisis de impacto regulatorio en materia ambiental en Chile, por lo tanto, es metodológicamente necesario establecer cuáles son los que se considerarán en esta categoría. Sobre este punto, creemos que el derecho ambiental tiene límites relativamente difusos, tanto en lo que se refiere a cuáles son los cuerpos que lo componen, como los objetos del mundo material que son objeto de su protección, cuestión que se produce por su novedad, y, al mismo tiempo, hace eco de la tensión que existe entre esta rama del derecho y normativas sectoriales que existen de manera previa.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho ambiental puede ser definido como «el conjunto de disposiciones que tienen por objeto la protección de los elementos del patrimonio ambiental, con el fin de asegurar las condiciones que permitan la subsistencia humana y mejora de la calidad de vida de las personas, así como de las generaciones futuras» (Bermúdez, 2014: 35). Así, por la naturaleza del elemento que regula el derecho ambiental, tanto las emisiones de contaminantes como la regulación de los recursos naturales (su uso, aprovechamiento, calidad o disponibilidad para las personas) quedan comprendidas dentro de su esfera.

El medio ambiente es un elemento dinámico, del que aún no tenemos información que nos permita describir cada una de sus partes con certeza absoluta. Por el contrario, son los estudios más recientes los que han podido aclarar las influencias de ciertos bienes naturales sobre otros y, luego, sobre los servicios ecosistémicos que prestan; a lo que debe sumarse que el cambio climático dado por el aumento generalizado de las temperaturas en todo el globo, implica una modificación general de tales características y hace todavía más impredecible y delicado el modo en que deberemos comportarnos para lograr un equilibrio justo. De ahí que la actualización y vigencia de información de que disponga el regulador es esencial para una correcta intervención, y el análisis de impacto regulatorio permite, en parte, que ello suceda.

Consideramos entonces, como análisis de impacto regulatorio relativos a materias ambientales, todos aquellos que: i) estuvieran relacionados con la institucionalidad ambiental y sus instrumentos de gestión; ii) se refirieran a regulaciones sectoriales sobre bienes naturales; o iii) tuvieran relación con el uso del territorio.

Regulación del análisis de impacto regulatorio en Chile

La precaria evaluación del análisis de impacto regulatorio en Chile

Si atendemos de manera amplia a la idea del análisis de impacto regulatorio, nos encontraremos con que ella ha sido incluida de maneras diversas en la legislación chilena desde comienzos del siglo XXI. Sin embargo, dicha incorporación ha sido parcelada y no sistemática, pues se remite a normas específicas, como la del artículo 5 de la Ley 20.416, que establece la necesidad de una estimación simple de los impactos de nuevas regulaciones en empresas de menor tamaño; o el artículo 41 de la Ley 19.300, que ordena la realización de análisis de impactos económicos y sociales para las normas de emisión y calidad, y para los planes de prevención y descontaminación.⁶

Es por lo anterior que sucesivas evaluaciones regulatorias que la OCDE ha realizado a Chile dan cuenta de esta falencia y conminan al país a integrar esta metodo-

6. Artículo 41: «El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37». Disponible en <https://bit.ly/3L9HuCa>.

logía de manera consistente (OCDE, 2012; 2016; 2017 y 2019).⁷ En 2017, el Comité de Política Regulatoria de la OCDE hizo una evaluación respecto a la normativa regulatoria en nuestro país. Dentro de las recomendaciones hechas por este organismo encontramos:

- Asignar más recursos financieros y humanos que permitan el establecimiento de una unidad específica que se dedique al análisis de costo beneficio en el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, logrando un control de calidad a través del debido proceso y *enforcement*.
- Que la Secretaría General de la Presidencia asegure que se cumplan los estándares de evaluación de impacto productivo por el Ministerio de Economía y la Dirección de Presupuestos de Chile antes de ser presentado el proyecto al Congreso, cumpliendo así con el análisis de costo beneficio *ex ante*.
- Capacitar a las distintas instituciones en la elaboración de normas.
- Realizar reuniones anuales donde participen los diferentes ministerios, para discutir sobre cómo ha funcionado el análisis de impacto regulatorio en cada cartera.
- Incentivar a los parlamentarios y *think tanks* a participar del análisis de costo beneficio a la hora de discutir leyes y asesorar respectivamente.
- Lograr a largo plazo un escrutinio y control de la realización de los análisis de costo beneficio que se encuentre disponible para toda la ciudadanía.

En definitiva, la construcción de un análisis de este tipo respecto a políticas públicas tiene como objetivo garantizar que dicho proceso alcance los mayores estándares de eficiencia, maximizando el bienestar social; que se lleve a cabo de forma transparente y que la información esté al alcance de todos aquellos que quieran participar para enriquecer el debate, exponiéndose los diversos elementos que puedan beneficiar o perjudicar a los potenciales receptores de la medida.

Para lograr esto, es necesario materializar este análisis jurídicamente, y en nuestro país se optó por hacerlo a través de un instructivo presidencial que mandata a los ministerios a encargarse de dar estos espacios de participación y hacer las evaluaciones correspondientes en los proyectos de ley, para que antes de que sea dictada una medida se tenga una noción de lo que implica concretar dicho proyecto.

El primer Instructivo Presidencial, del primer período del Presidente Piñera, fue el número 001, de 2014, sobre instrucciones para buenas prácticas regulatorias, que

7. Informes de la OCDE sobre política regulatoria en Chile y presentación para el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés) por parte del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

fue dictado en los últimos días de su gobierno y, por lo tanto, no fue efectivamente aplicado. Luego, el número 002, de 2016, de la Presidenta Bachelet, si bien no se integraba el análisis de impacto regulatorio, se daban señales en ese sentido, incorporando los «informes de productividad».

El hecho de que el análisis de impacto regulatorio no se establezca como una obligación legal efectiva puede ser un factor que dificulte su introducción y funcionamiento. En la práctica, este fenómeno se ha dado también en otros países y, sobre todo los primeros años de incorporación de la herramienta han estado marcados por su baja efectividad (Kuniawan, Muslim y Sakapurnama, 2016: 107).

Adicionalmente, ambos instructivos no cumplieron con los estándares recomendados por la OCDE, por lo que se dictó un nuevo instructivo como parte de la Agenda de Simplificación Regulatoria en abril de 2019: el Instructivo 003 de ese año, que analizaremos a continuación.

El Instructivo Presidencial sobre el análisis de impacto regulatorio (Instructivo 003, de 2019)

El Instructivo Presidencial 003, de 2019, ordena realizar un análisis de impacto regulatorio que se materialice a través de informes de impacto regulatorio para determinada normativa, derogando así el instructivo 002, de 2016.

La producción de estos informes es obligatoria para: i) los proyectos de ley de iniciativa del Ejecutivo; ii) los decretos que dicte el Presidente de la República o un ministro, por orden del Presidente, que contenga normas de aplicación general o miren el interés general, y que deban publicarse en el *Diario Oficial*, según lo dispuesto en el artículo 48 a) de la Ley 19.880.

Por otro lado, se señala que no procede el análisis de impacto regulatorio en los proyectos de ley de presupuesto, de reajuste de las remuneraciones del sector público, de reajuste del ingreso mínimo mensual, o todas aquellas materias que son actualizadas o reajustadas anualmente. Esto se debe a que las mismas van modificándose periódicamente, por lo que no sería conveniente ni eficiente realizar un informe cada año para que cambie al próximo.

El organismo regulador al idear los análisis de impacto regulatorio debe tener presente cinco principios que rijan la redacción de los informes, los cuales son: focalización, alcance, transparencia, coherencia y consistencia.

La introducción de estos principios ocurre luego de las recomendaciones hechas por la OCDE en su *Evaluation Report* de 2017 (OCDE, 2017: 16). Se trata de definir e identificar los problemas y alternativas viables para lograr el bienestar social, evaluando todas las variables en las que incidiría la decisión. Esta reflexión debe generarse a través de espacios de participación donde las personas que se verían afectadas con la medida que busca implementarse puedan opinar y colaborar en el debate. Esta

nueva normativa debe estar en sintonía con la legislación y regulación vigente. Por otro lado, deben revisarse periódicamente para ir actualizando o derogando, en caso de que sigan siendo útiles o no, para así no mantener una cantidad de normativa obsoleta y sobreaabundante que entorpezca la eficiencia regulatoria.

Luego de los principios, el instructivo aborda la metodología utilizada para la elaboración de los informes. Se hace hincapié en que no debe ser una carga para el regulador, sino por el contrario, se espera que faciliten la preparación de los documentos solicitados, siendo proporcional la profundidad del informe al nivel de impacto esperado.

Los informes de impacto regulatorio se componen de tres secciones eventuales. La primera es la de evaluación preliminar y tiene como propósito realizar un análisis general del por qué es relevante el proyecto en cuestión y su impacto de ser aplicado. Con este punto se determina si es necesario o no elaborar los siguientes apartados que profundicen en el tema, materializándose el principio de proporcionalidad. En definitiva, en la medida que un proyecto tenga mayor o menor impacto, será mayor o menor la extensión y detalle del informe.

La evaluación preliminar describe de forma breve el problema identificado, el objetivo de la regulación, las diferentes alternativas para el caso y aquella seleccionada. Además, se debe incorporar a quiénes afectará la medida y la dimensión de los costos y beneficios implicados. A partir de la información recabada se le ordena al organismo regulador si es necesario o no realizar el informe de impacto regulatorio estándar o de alto impacto, primando la eficiencia de los recursos disponibles.

Enseguida, encontramos el informe de impacto regulatorio estándar, que aborda los impactos que pueda generar la nueva regulación en diferentes aristas, teniendo presente las cargas que puede traer. Su contenido se divide en seis subsecciones: i) Problema: identificación y caracterización del problema y si debiese proceder la intervención gubernamental; ii) Objetivos: se deben señalar de forma específica los fines que se busca alcanzar con la regulación; iii) Participación: esta etapa es fundamental, pues representa el principio democrático de entender y escuchar la opinión de aquellas personas que se verían afectadas con la aplicación de la medida; iv) Alternativas: se deben comparar los costos y beneficios de cada propuesta, y determinar cuál es más eficiente a la hora de resolver el problema identificado; v) Análisis de impacto: el regulador debe presentar los impactos directos, indirectos, las externalidades positivas y negativas, realizando un cuadro cualitativo de los costos y beneficios; y vi) Implementación y evaluación: donde se describen los modos en que ello se llevará a cabo.

En tercer lugar, existe el informe de impacto regulatorio de alto impacto, el que además de todos los elementos del modelo estándar, debe incluir un análisis cuantitativo del impacto neto del proyecto y un resumen que sintetice toda la información presentada en el documento. Este tipo de informe es exclusivo para las medidas que

impactan de gran manera a la sociedad, por eso hay que contar con la información cualitativa y cuantitativa de lo esperado con la nueva regulación.

En cuanto al estudio del elemento cuantitativo, hay dos metodologías presentadas en el instructivo: análisis de costo beneficio y análisis de costo efectividad. En un anexo se adjunta un documento donde el regulador debe ir llenando con la información correspondiente y haciendo *check* en los distintos ítems, además de seguir las ecuaciones dadas para visualizar en términos monetarios los efectos potenciales de la normativa.

Entonces, teniendo la metodología clara, para elaborar los informes de impacto regulatorio, el ente regulador debe responder una serie de preguntas, las cuales son automatizadas y son adjuntadas como anexo al final del instructivo. Cuando se completa la evaluación preliminar, se determina de forma automática si es necesario profundizar más o no, ordenando realizar un informe estándar o de alto impacto, dependiendo del alcance del proyecto. Esta herramienta automatizada será provista por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia con el apoyo del Ministerio de Economía para los reguladores.

La responsabilidad de la elaboración de cada informe corresponde al ministerio que estudia la aplicación de la nueva regulación, y debe publicarse en la página web del mismo, indicando expresamente la normativa sobre la cual recayó.

Instructivo 003, de 2019, y estándares OCDE

De entre todos los instructivos presidenciales que han tenido por objeto dar cumplimiento a los estándares sugeridos por la OCDE en la eficiencia y eficacia de la implementación de nueva normativa, el Instructivo Presidencial 003 de 2019 en comento, junto al 004, de 2019 (referido a simplificación), son los que más se acercan, al menos en su texto.

En efecto, el Instructivo Presidencial 003, de 2019, establece el deber de realizar un análisis de impacto regulatorio en determinadas circunstancias, mediante el establecimiento del informe de impacto regulatorio (resultado del primero) como requisito. Este informe tiene, al menos nominalmente, las mismas etapas que las recomendadas por la OCDE y que ya revisábamos más arriba: desde la identificación clara del problema y de la necesidad de optar por una solución regulatoria, la determinación concreta y seria de los objetivos, la participación ciudadana que permite dotar de legitimidad democrática la medida, pero, además, de tomar decisiones con la mayor información disponible, la comparación de las alternativas regulatorias y sus impactos directos e indirectos, hasta la supervisión y monitoreo en su implementación.

El Instructivo Presidencial 004,⁸ de 2019, busca hacerse cargo de los costos asociados a la dispersión normativa reinante en nuestro derecho interno, a través del estable-

8. Disponible en <https://bit.ly/3hSMmRf>.

cimiento de mecanismos de simplificación y transparencia activa que resulta obligatoria para los servicios. Este instructivo, a diferencia de los anteriores, plantea la claridad normativa y transparencia como un deber y ya no como una mera sugerencia.

Hasta ahí se asemeja bastante a lo planteado por la OCDE en los últimos informes sobre la materia, al menos en lo relativo a los componentes mínimos de análisis y al objeto último de la implementación de este sistema; ya no al concepto de productividad del instructivo anterior, sino que, a la mejor y más eficiente regulación, en su sentido amplio (ver considerando cuarto del instructivo).

Por otra parte, y también en consonancia con lo sugerido por la OCDE, el análisis de impacto regulatorio no está pensado para aplicarse en todo tipo de regulación, sino únicamente a aquella que tenga impactos regulatorios «cuyo análisis valdrá la pena realizar». Si bien puede echarse en falta una definición basada en parámetros objetivos, el instructivo manifiesta así la intención de no generar burocracia que obstaculice la dictación de todo tipo de normas, por mínimo impacto que tenga, de forma desproporcionada, procurando que el análisis se aplique únicamente a aquellas alternativas regulatorias que generarán impactos en el mercado y en el comportamiento de sus agentes, los cuales pueden ser percibidos como negativos.

Sin embargo, al atender el contenido mismo del análisis y sus procedimientos específicos, es posible observar que el diseño no asegura el correcto desarrollo del análisis de impacto regulatorio de acuerdo con los estándares que venimos revisando.

En primer lugar, el tipo de fuente para establecer la obligación de desarrollar el análisis de impacto regulatorio previo a la dictación de una normativa —el instructivo presidencial— resulta insuficiente para asegurar la obligatoriedad del proceso. Además, existiendo otro cuerpo normativo que regula el procedimiento de dictación de actos administrativos (la Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos), regular este aspecto, que debiera resultar central, a través de un cuerpo externo es contrario al objetivo de simplificación normativa.

En segundo lugar, la oportunidad en que ocurre el análisis de impacto regulatorio, mediante la evaluación preliminar dentro del procedimiento de elaboración y dictación de una nueva normativa, tiene lugar cuando ella ya ha sido diseñada de una determinada manera, la decisión de regular ya ha sido tomada y la alternativa de la forma y características de la regulación ya han sido definidas. Si bien el instructivo recomienda que la evaluación preliminar tenga lugar cuanto antes, «tan pronto se identifique el problema», veremos que aquello es difícil en la práctica, transformando al análisis de impacto regulatorio en un trámite formal más, que se verifica al final del proceso, restándole verdadera injerencia en el resultado regulatorio.

En tercer lugar, el establecimiento de un sistema automatizado basado en un formulario simplifica a tal punto los elementos a evaluar, que impide un verdadero análisis, aunque podría considerarse que el sistema automatizado pretende sortear la falta de capacidad técnica de las agencias para realizar el análisis de impacto regulatorio.

Esta situación supone un obstáculo que, ciertamente, requiere algún tipo de estrategia, pues instalar dicha capacidad implicará costos en recursos y tiempo, mientras que un sistema automatizado impide dejar constancia de las particularidades de cada caso.

Por último, la falta de criterios cualitativos y cuantitativos objetivos que permitan distinguir entre la necesidad de realizar un informe de impacto regulatorio de alto impacto, en lugar de uno estándar deja esta decisión sujeta a la arbitrariedad del regulador, sin que tampoco exista un ente que coordine los esfuerzos, vele por el cumplimiento de estas metas y uniforme criterios. La falta de un órgano coordinador también se aprecia si se mira el responsable último de la realización del informe de impacto regulatorio, que según el instructivo es el ministerio respectivo.

Estas decisiones, al momento de regular el análisis de impacto regulatorio en nuestro derecho, dificultan la satisfacción de los fines para los que se estableció y que la OCDE busca promover para un óptimo diseño de los sistemas, por lo que no es posible sostener que la actual regulación cumpla los estándares planteados por esta organización.

Estudio de casos: análisis de impacto regulatorio en recursos naturales

Proceso de búsqueda de la información

Antes de abordar los informes que tratan materia ambiental, daremos cuenta del proceso que significó encontrar tales informes de impacto regulatorio. El ministerio encargado de publicar y mantener al día dichos informes es el Ministerio de Economía, el cual, a través del sitio web de la Oficina de Productividad y Emprendimientos Nacional debe mantener actualizado el número de documentos realizados.

Al consultar el sitio para encontrar los informes disponibles, pudimos percatarnos que solo había un informe desde que se dictó el Instructivo Presidencial 003, el cual corresponde al proyecto de ley impulsado por los ministerios del Interior y Seguridad Pública, Vivienda y Urbanismo, y Justicia y Derechos Humanos, para la modificación de la Ley 18.101, sobre arrendamiento de predios urbanos.

Frente a este escenario, procedimos a pedir por transparencia al Ministerio de Medio Ambiente y al Ministerio de Economía los informes efectuados, puesto que, en virtud del Instructivo Presidencial en comento, deben elaborarlos y, en caso de no encontrarse tales documentos, requerimos que explicaran las razones de esa ausencia.

Hicimos una solicitud de transparencia los días 28 y 30 de septiembre de 2020 a cada ministerio por separado, y se nos informó que tendrían respuesta a finales de octubre. Cumplida esa fecha se nos hizo llegar un correo mediante el cual prorrogan el plazo para contestar.

Desde el Ministerio de Medio Ambiente nos respondieron el 17 de noviembre de 2020, indicando que necesitan nuevamente una prórroga para contestar nuestro

requerimiento ya que, producto de la pandemia, todo se ha ralentizado. Finalmente, el 20 de noviembre de 2020, nos comunicaron que «los informes de impacto regulatorio se encuentran en proceso de validación por parte del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, sin embargo, prontamente podrá acceder a los informes solicitados». Además, nos adjuntan dos informes de impacto regulatorio que posteriormente son subidos al sitio web: i) Informe de Impacto Regulatorio que Aprueba y Oficializa Clasificación de Especies según Estado de Conservación, Decimoquinto Proceso de noviembre de 2019; y ii) el Informe de Impacto Regulatorio sobre el Decreto Supremo que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas, de junio de 2020.

Por otro lado, el Ministerio de Economía, el 29 de octubre de 2020 prorrogó el plazo para contestar la solicitud, arguyendo también las dificultades para entregar la información requerida. Finalmente, el 2 de diciembre de 2020, nos respondieron señalando que los informes se encuentran en el sitio web de la Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional. Efectivamente, habían actualizado el portal, y ahora era posible encontrar informes cuyas fechas indican ser desde mediados de 2019 hasta diciembre de 2020, los cuales sirvieron de base al presente estudio de casos.

Así, a un año de la entrada en vigor del Instructivo Presidencial 003, los informes que se exige emitir no se encontraban en el sitio destinado a su publicidad. Luego de más de dos meses de haber hecho las solicitudes de transparencia, se constata que es actualizada la página y son cargados los informes de impacto regulatorio que se elaboraron. No tenemos conocimiento de si faltan o no informes, cuáles fueron los criterios para subirlos solo una vez que se requirieron, y si hay ministerios que no han cumplido con el deber de realizar los análisis de costo beneficio requeridos.⁹

Todo lo anterior se explica para efectos de ilustrar una primera falencia del procedimiento del análisis de impacto regulatorio en Chile, pues este procedimiento supone estándares de transparencia y publicidad de la información que, en el caso, no se dan (OCDE, 2017: 22).

Cabe señalar que el 14 de octubre de 2022 fue revisado el sitio web en cuestión y nos hemos percatado que no ha sido actualizada la información, encontrándose en ella los mismos 51 informes que se subieron en enero 2021 y que constituyen el universo de análisis de este estudio, dando por supuesto que esos fueron todos los informes que cumplieron con el instructivo de que se trata antes del término del gobierno del Presidente Sebastián Piñera, en marzo de 2022.

9. Si bien no se realizó para este estudio un levantamiento de todas las normativas que se han dictado en el período y requerirían de informes de impacto regulatorio, al menos en el sitio web de la Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional no se encuentran informes de los ministerios de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, ni de Bienes Nacionales.

Análisis de impacto regulatorio en materia de recursos naturales

Del universo de 51 informes disponibles en el sitio web de la Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional, nueve corresponden a informes relacionados con recursos naturales, cuyos contenidos y cumplimiento del instructivo se detalla a continuación.

Decreto supremo que establece metas de recolección y valorización asociadas a envases y embalajes

Este proyecto¹⁰ fue liderado por el Ministerio del Medio Ambiente, y suscrito además por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Este decreto supremo es parte de la implementación de la Ley 20.920, sobre Gestión de Residuos, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Política de Gestión Integral de Residuos Sólidos, Medio Ambiente, Reciclaje, Responsabilidad Extendida del Productor (Ley Responsabilidad Extendida del Productor de 2016).

Según el instructivo, el decreto: «Establece metas de recolección y valorización de los residuos de envases y embalajes, las que aumentan progresivamente en un periodo de doce años. Asimismo, establece un conjunto de reglas que permiten hacer operativo este esquema». Esta medida tiene por objetivo aumentar la valorización de los residuos de envases y embalajes, y así ir evolucionando hacia una economía circular en la que los productos no sean desechados, sino reincorporados a la economía como productos nuevos.

El informe sigue el esquema establecido en el instructivo, iniciando con la evaluación preliminar, continuando con una descripción general del caso y finalizando con un informe de impacto regulatorio estándar, desarrollando las seis secciones requeridas.

Respecto del punto de afectados, se presenta una tabla donde se indican los beneficios y costos para distintos grupos, y luego se explica, de forma breve, la razón de tal conclusión. Sin embargo, en la tabla de tipos de costos, solo se contesta «sí» y «no», sin ninguna explicación. Luego, en el impacto neto, hay un error en la redacción, repitiendo en desorden las áreas que representaría un bajo impacto para ellas.

La participación en este caso se dio entre actores interesados como organizaciones privadas y públicas, y se constata la coordinación gubernamental entre los ministerios de Salud, de Hacienda y de Economía, Fomento y Turismo, la Subsecretaría del Medio Ambiente y la Fiscalía Nacional Económica.

Revisión de la norma de emisión de ruido para vehículos livianos, medianos y

10. Disponible en <https://bit.ly/3FFaajm>.

motocicletas

Esta revisión¹¹ tiene como cabeza al Ministerio del Medio Ambiente, que suscribe este acto administrativo en conjunto con el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Esta medida regula los límites máximos de ruido para los vehículos medianos de pasajeros y medianos de carga, entre otros. También fija una metodología para corregir los valores límites aplicables a los vehículos diseñados para un uso todo terreno, para contar con una definición que haga aplicable de forma correcta la regulación.

Este informe es mucho más conciso que el anterior. Pareciera que sigue la estructura del informe de impacto regulatorio estándar, pero no se lee textualmente, y se ve que sigue la estructura de las secciones. La tabla de afectados se acompaña con una breve explicación, que señala que no implica ni costos ni beneficios para los grupos señalados. La tabla de costos esperados se responde indicando que no hay ningún tipo de costo, y omite la cuenta al respecto. A su vez, no se señala la participación del proyecto.

Decreto supremo que establece metas de recolección y valorización asociadas a neumáticos

Este decreto supremo¹² es liderado por el Ministerio del Medio Ambiente y suscrito en conjunto con el Ministerio de Hacienda. La medida consiste en la regulación del mecanismo de responsabilidad extendida del productor para el primero de los seis «productos prioritarios» listados en la Ley de Responsabilidad Extendida del Productor, el cual corresponde a los neumáticos. Se crean metas de recolección y valorización de estos residuos, las que aumentan progresivamente en un periodo de ocho años.

Al igual que el primer informe, se hace una evaluación preliminar y se sigue un informe de impacto regulatorio estándar, con todos los elementos requeridos, cumpliendo así con el instructivo. En este caso, se hace una presentación detallada de los tipos de costos esperados y de los beneficios, cuantificando lo que significaría la aplicación de la medida.

Respecto a la participación, se señala la elaboración de consultas a diferentes actores públicos y privados, y un trabajo coordinado entre instituciones públicas como los ministerios de Salud, Hacienda y Economía, Fomento y Turismo, la Subsecretaría del Medio Ambiente y la Fiscalía Nacional Económica.

11. Disponible en <https://bit.ly/3hzWH4p>.

12. Disponible en <https://bit.ly/3WoqP1x>.

Revisión de normas de emisión de vehículos motorizados livianos, contenidos en el Decreto 211, de 1991, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones

La revisión¹³ es dirigida por el MMA y, además, suscriben el Ministerio de Energía y el de Transportes y Telecomunicaciones. Con esta normativa se busca regular la emisión de partículas tóxicas por parte de los vehículos motorizados livianos, como medida para prevenir agentes cancerígenos en el ambiente local.

Con este acto administrativo se sigue la estructura del informe de impacto regulatorio estándar, detallando los costos que implica no regular esta materia y mostrando los grandes beneficios de su implementación. Tiene una extensión mayor que los otros informes revisados y cuenta con más elementos en su ilustración del problema. Las tablas de afectados y la de tipos de costos se acompañan con una breve explicación.

En la participación, se consultó a los ministerios de Energía y de Transportes y Telecomunicaciones, y también a los importadores de vehículos.

Proyecto de ley que crea el Ministerio de Agricultura, Alimentos y Desarrollo Rural

El ministerio que lideró el proyecto¹⁴ es el de Agricultura, el cual suscribió junto a los de Economía, Fomento y Turismo, Hacienda y Salud. Este proyecto crea una nueva orgánica para el Ministerio de Agricultura, modificando las leyes 19.147 y 18.755, y derogando el Decreto con Fuerza de Ley 294, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que establece funciones y estructura de la secretaría de Estado de que se trata.

En este acto se sigue la estructura de la evaluación preliminar. La tabla de afectados representa solamente beneficios para los grupos establecidos, y en la tabla de tipos de costos se indica que esta regulación no implicaría ninguno. No se muestra si hubo participación de diferentes actores durante el proceso.

Proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca y Acuicultura en materia de remanente no consumido de cuotas anuales de captura

Este proyecto¹⁵ es liderado por el Ministerio de Economía, y no se señala qué otras secretarías lo suscriben. El objetivo de esta modificación es permitir que el remanente de la cuota de pesca no consumido durante el año calendario pueda ser extraído hasta el 15 de enero del año siguiente. Modifica la letra c) del primer inciso del artículo 3 de la Ley General de Pesca y Acuicultura. Esta medida surge por requerimiento de pescadores artesanales que no alcanzan las cuotas exigidas en el periodo del año

13. Disponible en <https://bit.ly/3FYkcom>.

14. Disponible en <https://bit.ly/3V7t6wM>.

15. Disponible en <https://bit.ly/3jbzGFA>.

calendario y solicitan una extensión de tiempo.

Este informe sigue la estructura de la evaluación preliminar, incluyendo las tablas de afectados y de tipos de costos, indicando que su implementación es beneficiosa para todos los grupos del cuadro, y que no implica un costo para otros actores. Nos llama la atención en este caso la falta de formalidad en la redacción del informe, omitiendo reglas gramaticales que se esperarían en un documento serio como el que estamos estudiando. Al igual que el anterior, no se indica si hubo consultas y participación en el proyecto.

Modifica Decreto 464, de 1994, del Ministerio de Agricultura, que establece zonificación vitícola

Esta modificación¹⁶ fue liderada y suscrita por el Ministerio de Agricultura, y versa sobre el fortalecimiento del sistema de certificación que realizan determinadas empresas, autorizadas por el Servicio Agrícola y Ganadero, en materia de uvas y vino, para ampliar su ámbito de aplicación a uvas de mesa y de vino.

El informe sigue la estructura de la evaluación preliminar, y las tablas, esta vez, sí cuentan con costos asociados. En la tabla de afectados se desarrolla el punto, no así en la de tipos de costos, en que se indica que hay costos de cumplimiento asociados a su implementación. Además, nuevamente identificamos errores gramaticales en el informe, y tampoco se especifica si hubo participación o no.

Decreto que aprueba y oficializa clasificación de especies según estado de conservación

Este decreto supremo¹⁷ es liderado y firmado por el Ministerio del Medio Ambiente, y corresponde a la oficialización del décimo quinto proceso de ejecución anual del Reglamento de Clasificación de Especies Silvestres, según categoría de conservación, con arreglo al Decreto 29, de 2011, de la secretaría de Estado aludida. El objetivo de esta medida es clasificar las especies nativas según su riesgo de extinción con estándares internacionalmente reconocidos, para así unificar las categorías de conservación oficialmente asignadas a las especies de Chile, las que se revisan anualmente.

Este informe se concentra en los elementos de la evaluación preliminar, con las tablas de afectados y tipo de costos, con respuesta negativa en todos los puntos. No se señala si hubo participación.

Decreto que actualiza la tabla de valores para 2020 del artículo 22 de la Ley 20.283

16. Disponible en <https://bit.ly/3FYqVaK>.

17. Disponible en <https://bit.ly/3FDrbul>.

Este decreto¹⁸ es liderado por el Ministerio de Agricultura y es firmado por el de Hacienda. Mediante este acto se actualizaron los valores de los montos máximos de las bonificaciones para las actividades a que se refiere el artículo 22 de la Ley 20.283, sobre recuperación de bosque nativo y fomento forestal. Este informe es el más breve de todos los revisados, y apenas tiene texto, pero se incluyen las tablas requeridas por el instructivo. No presenta costos ni beneficios asociados en su implementación, y tampoco se indica participación en su elaboración.

Hallazgos

De los nueve informes de impacto regulatorio revisados, podemos concluir que su construcción se hace en términos muy generales. El Instructivo Presidencial 003, de 2019, efectivamente busca simplificar y facilitar la elaboración de informes de análisis de impacto regulatorio que deben efectuar los ministerios,¹⁹ pero esta reforma no puede afectar la rigurosidad de la información requerida.

Al menos seis informes no cumplen con los estándares del propio instructivo, porque no incluyen el ítem de participación; otros no contienen una explicación de la tabla de los tipos de costos y, además, encontramos algunas faltas en la redacción y una presentación del informe muy breve.

En cuanto a los estándares internacionales, podemos observar que el criterio que más se omite es el de participación; en la mayoría de los informes de recursos naturales no se incluye. Este elemento es fundamental dentro de los propósitos del análisis de impacto regulatorio, pues no solo se busca optimizar recursos y lograr eficiencia, sino que también se procura democratizar la implementación de políticas públicas, para así oír las opiniones de aquellos que se verían afectados por tal medida y tener presente los diferentes efectos posibles.

Conclusiones

Dese hace algunas décadas, se viene empujando la idea de que para tomar decisiones públicas efectivas y eficientes, es necesaria la integración de herramientas específicas, entre ellas, una metodología de análisis de impacto regulatorio. Como pudimos revisar en este trabajo, ese empuje ha venido principalmente de la OCDE y ha ido encontrando asidero en diversas legislaciones nacionales.

La OCDE describe a la herramienta como crítica para efectos de la mejora regulatoria, sin embargo, los estudios sobre su utilización en el tiempo dan cuenta de que su utilidad ha sido más bien limitada, además de existir dudas sobre el valor que debiera

18. Disponible en <https://bit.ly/3BJpKcP>.

19. En comparación a lo exigido en el Instructivo Presidencial 002 de 2016 para la confección de informes de productividad.

darse a sus resultados, para efectos de la toma de decisiones públicas.

En el caso de la legislación chilena, la referida metodología se ha integrado solamente a través de sucesivos instructivos presidenciales, que no necesariamente han cumplido con ser normativa suficientemente profunda como para forzar la adecuada utilización de la metodología.

Este trabajo buscó analizar la utilización del análisis de impacto regulatorio por parte del gobierno de Chile en el período 2019-2022, y se circunscribió, específicamente, a materias ambientales. La especial complejidad de estos análisis en cuestiones ambientales resultaba en un área de interés para ver el desarrollo de la herramienta y cómo ha integrado procesos de participación ciudadana

Sin embargo, los resultados de la investigación realizada arrojaron una baja utilización de la herramienta, carencias notorias en materias de transparencia sobre su uso, un cumplimiento inadecuado del instructivo presidencial y sus estándares, y un desapego en relación con la utilidad de la herramienta.

Con todo, nos parece importante recalcar que la herramienta en cuestión, a pesar de las críticas que genere y las dificultades para implementarse, es un mecanismo que permitiría mejorar las posibilidades de la democracia para dar cumplimiento a las urgencias y prioridades de los ciudadanos y el gobierno, de tal forma que resulta muy recomendable insistir en la implementación del análisis de impacto regulatorio, buscando que este cumpla efectivamente con los estándares internacionales en la materia.

Nos parece que, en este sentido, la regulación a través de instructivos presidenciales no ha sido suficientemente eficaz, y que, si bien podría haber servido para iniciar una cultura de cumplimiento en esta materia, hoy demanda un escalamiento y, por lo tanto, la generación de normativa legal de mayor jerarquía, para la efectiva implementación del análisis de impacto regulatorio.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que en ese escalamiento debe tomarse atención a las críticas que existen sobre la herramienta, particularmente a aquellas sobre el análisis costo beneficio como base de la toma de decisiones públicas. El análisis de impacto regulatorio aparece como un procedimiento que puede generar información muy relevante para la toma de decisiones, pero en ningún caso debiera sustituir la toma de decisiones en sí misma.

Adicionalmente, y aunque este trabajo no trató especialmente de esto, se deben tener en cuenta las limitaciones del análisis de costo beneficio, cuestión especialmente importante en materia ambiental, por el problema del descuento del futuro, la dificultad de dar valor económico a los bienes naturales y no considerar su valor intrínseco, y también las complejidades de considerar las incertidumbres. Esperamos que el presente estudio pueda ser útil para investigaciones futuras sobre el uso del análisis de impacto regulatorio y sus carencias, en general y en materia ambiental.

Referencias

- ATKINSON, Giles y Susana Mourato (2008). «Environmental cost-benefit analysis». *Annual Review of Environment and Resources*, 33 (1): 317-344. DOI <https://doi.org/10.1146/annurev.environ.33.020107.112927>. Disponible en <https://bit.ly/3WuSQoF>.
- BALDWIN, Robert, Martin Cave y Martin Lodge (2012). *Understanding regulation*. 2.^a edición. Nueva York: Oxford University.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014). *Fundamentos de derecho ambiental*. 2.^a edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- CARPENTER, Daniel y David Moss (2013). *Preventing regulatory capture: Special interest influence and how to limit it*. New York: Cambridge University.
- CARROLL, Peter (2010). «Does regulatory impact assessment lead to better policy?». *Policy and Society*, (pp. 113-122), DOI: 10.1016/j.polsoc.2010.03.009. Disponible en <https://bit.ly/3VnlO8F>.
- CORDERO, Luis (2012). «Corte Suprema y medio ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?». *Anuario de Derecho Público*: 359-375.
- COSTA, Ezio (2018). «La participación ciudadana en la evaluación de impacto regulatorio: Desafíos para la administración». *Revista de Derecho Público*, número especial: 37-52.
- DE SADELEER, Nicolas (2002). *Environmental principles: From political slogans to legal rules*. New York: Oxford University.
- HAINES, Fiona (2009). «Regulatory failures and regulatory solutions: A characteristic analysis of the aftermath of disaster». *Law & Social Inquiry*, 34 (1): 31-60. DOI <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2009.01138.x>.
- KURNIAWAN, Teguh, Muh Azis Muslim y Eko Sakapurnama (2018). «Regulatory impact assessment and its challenges: An empirical analysis from Indonesia». *Ka-setsart Journal of Social Sciences*, 39 (1): 105-108. DOI <https://doi.org/10.1016/j.kjss.2017.12.004>. Disponible en <https://bit.ly/3WM8hZa>.
- OCDE (2012). Recomendación del consejo sobre política y gobernanza regulatoria. París: OCDE. Disponible en <https://bit.ly/3C5W4qj>.
- . (2015). OECD regulatory policy outlook 2015. París: OCDE. DOI <https://doi.org/10.1787/9789264238770-en>.
- . (2016). Regulatory policy in Chile: Government capacity to ensure high-quality regulation, OECD reviews of regulatory reform. París: O. DOI <https://doi.org/10.1787/9789264254596-en>.
- . (2017). OECD reviews of regulatory reform. Chile Evaluation report: regulatory impact assessment 2017. Disponible en <https://bit.ly/3PQzZlm>.
- . (2019). «El análisis de impacto regulatorio en el ciclo de gobernanza regulatoria». En *Implementing Regulatory Impact Analysis in the Central Government of Peru: Case*

- Studies 2014-16*. París: OCDE. Disponible en <https://bit.ly/3YQtT8t>.
- SAAB, Flavio y Suylan de Almeida Midlej (2021). «Evaluating the quality of Regulatory Impact Analysis: A literature review». *Revista do Serviço Público*. 72 (especial): 34-57. Disponible en <https://bit.ly/3WRcESG>.
- SELF, Peter (1975). *Econocrats and the policy process. The politics and philosophy of cost-benefit*. London: Analysis.
- SOTO, Francisco y Ezio Costa (2019). «Tensiones y desafíos de la participación ciudadana en materia ambiental». *Revista Derecho del Estado*, 44: 227-255. DOI <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.09>. Disponible en <https://bit.ly/3WRd2AC>.
- STIGLER, George (1971). «The theory of economic regulation». *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2 (1): 3-21. DOI <https://doi.org/10.2307/3003160>. Disponible en <https://bit.ly/3WI7uIY>.
- ZINN, Matthew (2002). «Policing environmental regulatory enforcement: Cooperation, capture and citizen suits». *Stanford Environmental Law Journal*, 21: 81-173.

Sobre los autores

EZIO COSTA CORDELLA es abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Tiene una maestría en ciencias en Regulación, de la London School of Economics and Political Science. Actualmente es profesor asistente del Departamento de Derecho Económico e investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) y subdirector del Centro de Derecho Ambiental (CDA) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Además es director ejecutivo de la ONG FIMA. Su correo electrónico es ecosta@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-3928-8622>.

ANTONIA BERRÍOS BLOOMFIELD es abogada de la Universidad de Chile y coordinadora general de la ONG FIMA. Su correo electrónico es antoniaberriosbloomfield@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-1344-4738>.

MARÍA CATALINA SORUCO CRUZAT es egresada de Derecho de la Universidad de Chile y ayudante del Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile. Su correo electrónico es maria.soruco@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-2984-9633>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

DIRECTOR

Rafael Plaza Reveco

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

Elías Alcántar Martínez, José Ignacio Muñoz Pereira, Daniela Jana Ergas,
Luciano Godoy Henseleit, Javiera Astudillo López

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).