

EFICIENCIA ADMINISTRATIVA, OBLIGACIÓN LEGAL INCUMPLIDA.

HUGO C. ALVAREZ CÁRCAMO

Máster en Derecho (LLM Executive UDD)

Diplomado en Derecho Administrativo Económico PUC

INTRODUCCIÓN

Desde el último tercio del siglo pasado, específicamente desde fines de la década de los 60, la llamada gestión moderna fue realizando giros sustanciales en cuanto a procedimientos en general, especialmente administrativos y económicos, lo que el prestigioso pensador y escritor Peter Drucker llamó la “súbita transformación”¹, donde la sociedad se reestructura a sí misma, cambia su visión del mundo, sus valores, incluso a veces sus estructuras políticas y sociales. Tanto es así, que me atrevo a decir que el cambio o la transformación cada vez es más súbita, con plazos muy cortos, donde no somos capaces de aquilatar el cambio, cuando ya estamos cambiando nuevamente, vale decir es una transformación dinámica y permanente.

En este sentido el Derecho no puede estar ajeno a estas súbitas transformaciones, especialmente cuando van mutando los valores, que la Sociedad considera importantes en un momento del tiempo determinado, toda vez que son las normas jurídicas en general las que llevan incorporadas a ellas los valores sociales.

Lo anterior no es fácil, porque la respuesta a los cambios sociales que puede dar el proceso legislativo, dista mucho de poder contar con el dinamismo que conllevan los cambios sociales y administrativos, generalmente la normativa jurídica con respecto al ente social, va más atrás y en algunos casos muy atrás.

Lo mismo pasa con la Administración del Estado, que debiera estar permanentemente reevaluando su rol dentro de la sociedad, especialmente en la aplicación práctica del principio de subsidiariedad, para reenfocar sus políticas económicas y sociales, y poder identificar el verdadero papel que debe asumir en busca del bien común, lo anterior guiado por los otros poderes del Estado, debiendo asumir esta tarea en conjunto y especialmente coordinados, para que el rediseño sea equilibrado. Lamentablemente, para estos cambios, no siempre existe la voluntad política y social, porque hay otro factor que juega un rol gravitante, El Poder.

¹ DRUCKER, PETER, *La sociedad post-capitalista*, Editorial Sudamericana S.A., Buenos Aires, primera edición, 1993, p.9.

La Administración, por su parte, debiera estar permanentemente preocupada de proporcionar el conjunto mínimo de normas y reglas, en la búsqueda de asegurar una estructura social - administrativa y dotar a ella de las herramientas regulatorias básicas, usando como instrumento a la norma jurídica regulatoria, que le permita a los entes sociales mantener y desarrollar sus respectivas áreas dentro del marco de la economía de Libre Mercado.

Para esto, nuestra legislación debiera someterse a una permanente readecuación que le permita ir a la misma velocidad que las transformaciones que sufre este ente social, pero no completamente sólo, sino que manteniendo una guía de valores básicos mínimos, que le permita a la sociedad mantenerse, a su vez, dentro de los cánones de valores éticamente aceptados, evitando de esta manera derivar en transformaciones sociales no tan apreciadas por el conjunto.

EL DERECHO Y LA SÚBITA TRANSFORMACIÓN

Cuando se busca la relación entre la Constitución, el Derecho Económico y el Derecho Administrativo Económico, necesariamente debemos remitirnos a la relación que existe entre la política, la economía y el Derecho, donde todas interactúan permanentemente. Así, nuestra normativa legal, partiendo por la Constitución Política de la República y en general las otras normas de carácter general y abstracto referidas a estos temas, deben ser capaces de regular los aspectos más esenciales de cada una de las esferas consideradas, coordinando sus esfuerzos, precaviendo y evitando sus conflictos, evitando abusos y arbitrariedades de los actores involucrados y al igual que el sistema jurídico en general, debe ser capaz de regular todas las conductas sociales y técnicas imaginables, que deban llevarse a cabo en el ámbito social y económico, en un momento del tiempo.

Esto último es relevante, porque en materias económicas y en materias en general de mercados regulados, la participación de los mercados y de los particulares juega un rol significativo, permite la dinámica necesaria, capaz de producir los constantes cambios requeridos, para que así las condiciones se tornen esencialmente mutables, creándose nuevos mecanismos, mejorando y haciendo eficientes los procedimientos o mejorando los existentes.

Lo anterior, debe verse en todos los ámbitos, especialmente en lo referido a la inversión, tendiente a lograr un incentivo atractivo para capitales nacionales y extranjeros, como también a las exigencias medioambientales, a las incorporación de criterios de renovación tecnológica, a la participación ciudadana, que hagan más eficientes y limpios muchos procesos, como por ejemplo la incorporación de energías limpias a la matriz energética nacional, todo lo anterior para lograr un

mayor desarrollo económico, que genere un mejoramiento en la calidad de vida de todo el ente social participante en el proceso.

En general la idea es mantener la relación entre los particulares y el ámbito público, lo que va auto – creando el Derecho Administrativo Económico, en perfecto equilibrio, según las necesidades de negocios de los mercados, de quienes participan en ellos, y de la Administración en la búsqueda del cumplimiento del mandato constitucional de *“promover el bien común y de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, pero, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece”*²⁻³, potenciándose los unos con los otros y produciendo la sinergia necesaria para el bienestar social, político y económico que se requiere.

LA INVERSIÓN, LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y EL MEDIO AMBIENTE

A continuación, analizaremos como la súbita transformación se ha ido incorporando al Derecho a través de instituciones reguladas y veremos si tanto el legislador como la Administración del Estado han sido capaces de cumplir el mandato legal, incorporado en nuestra legislación de tender a la eficiencia, dejando atrás la burocracia. Como no podemos analizar toda la normativa administrativa existente nos concentraremos en el concepto de participación ciudadana y la legislación medio ambiental.

La participación ciudadana, como parte integrante del SEIA⁴, es un elemento de la esencia de los sistemas democráticos, que en los últimos años ha ido ganando terreno en nuestra legislación interna nacional, incorporándose como un derecho, que si bien plasmado en nuestra Constitución Política de la República de 1980, se ha ido derivando a otras normas con el firme espíritu de fortalecer y construir herramientas eficientes que permitan la interacción entre la sociedad toda y el poder establecido, generando una discusión y por ende una participación activa de las personas en las decisiones públicas, logrando una mayor legitimidad en las decisiones que adoptan las diferentes autoridades, especialmente sobre temas que tendrán una consecuencia directa en el bienestar de las personas.

² *Constitución Política de la República*, capítulo I, Bases de la Institucionalidad, Artículo 1, inciso 4°.

³ Esto va íntimamente relacionado con el mejoramiento de la calidad de vida de las personas integrantes del ente social, en el y en forma empírica podemos decir que dependerá exclusivamente de los participantes; el Estado debe crear las condiciones, pero solo así podremos ser testigos de cómo las personas que realmente tienen la *“voluntad”* de mejorar, lo logran, muchas veces reinventándose, pidiendo ayuda, pero en ningún caso esperando que súbitamente o por generación espontánea le llegue esa ayuda, personas con esa filosofía no serán capaces de vencer la línea de la pobreza, luego, siempre será mejor enseñar él COMO HACER, que el simplemente dar.

⁴ Sistema de Estudio de Calificación Ambiental

Este sistema no sólo se ha implementado en la participación de las personas en la organización administrativa de los Estados, o en las decisiones que debe adoptar el poder ejecutivo tras la consecución de lograr satisfacer las necesidades públicas⁵, sino que en todo tipo de organizaciones. Las empresas por ejemplo, han cambiado sus estructuras organizacionales, migrando desde estructuras piramidales de gran jerarquía a otro tipo de organizaciones más planas y con gran participación de sus integrantes, lo que ha permitido que las ideas, el conocimiento y las competencias de sus integrantes fluyan a lo largo y ancho de la organización y puedan aportarse e incorporarse en mejor forma a la toma de decisiones de dichas organizaciones con miras al logro de sus objetivos.

En el derecho administrativo medio ambiental, por ejemplo, la participación ciudadana no ha sido una excepción, así, la ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, ha incorporado en forma expresa esta participación⁶, mientras que otras normativas de medio ambiente han seguido el mismo ejemplo, como herramienta que ha incorporado el poder legislativo, para asegurarse que quienes se vean afectados por decisiones de la Administración hayan tenido una instancia de iniciativa, opinión y participación que no los deje ajenos a las decisiones en definitiva adoptadas.

Esta participación es uno de las actividades que se desarrollan en los procesos de calificación ambiental dentro de un marco de actividades que involucran diversas instancias que es necesario ver como un todo homogéneo, que sea capaz de integrar eficientemente la tramitación, haciendo coordinados, ágiles y expeditos los procedimientos, con una visión de conjunto, incluso más allá de la propia normativa ambiental, que sea capaz de estar al ritmo y exigencias de las necesidades, de las satisfacción de éstas, de los intereses de todos los actores involucrados, Estado, inversores, proyectos, comunidades, mano de obra, profesionales, etc. creo que en ese aspecto aún tenemos tareas pendientes y el sistema aún es perfectible en muchos de sus aspectos, lo que analizaremos en la segunda parte de este trabajo.

⁵ La ley 18.575, Art. 3°, define el bien común como la obligación del Estado de satisfacer las necesidades públicas.

⁶ Artículo 4° Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente “*Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana.....*”; además encontramos en el Artículo 70 de la misma norma que dice “*Corresponderán a la Comisión en particular, las siguientes funciones: f) y a promover la participación ciudadana en éstas materias.....*”; por otra parte el Artículo 26 indica “*...Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten.....*”; Asimismo, en la propia ley ya referida en el Párrafo 3° “De la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental”, artículos 26 y ss., se regula esta participación con ocasión del Estudio de impacto ambiental.

La Constitución Política de la República y la Participación ciudadana.

El ente social como organización, a través del tiempo se ha ido dando una estructura que asegure la protección y satisfacción de necesidades que el individuo sólo no podría satisfacer. El hombre, usando el término en forma omnicomprendiva, vive en comunidades y no en forma aislada, así, mientras que por un lado las personas tienen necesidades, por otro lado tiene aportes que entregar al todo social, lo que hace que la sociedad complemente, los aportes y los requerimientos, en un sistema eficiente capaz de complementar estos esfuerzos sinérgicamente. Esta misma sociedad, creó al Estado como una de las organizaciones más perfectas y que permite que la sociedad se dé una estructura jurídica y políticamente organizada. Nuestra Constitución Política de la República de 1980, hace una segmentación en las diversas esferas donde el hombre se desenvuelve, como la familia, los grupos intermedios, la Administración, las Fuerzas Armadas, etc. y recoge la participación social como una de las formas de incorporarse a los diferentes grupos donde se desarrolla la vida en comunidad, participación que evidentemente no debiera ser igual, lo que permite que existan opiniones, ideas, procesos, discusión, en un marco de respeto y sentido social responsable.

Al revisar nuestra carta fundamental, en su artículo 1° “*Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, ya encontramos plasmado los primeros principios, que consideramos como esenciales en la consagración de la participación ciudadana, me refiero al principio de *Igualdad y Libertad*, lo que permite que en uso de su libertad todos y cada uno de las personas puedan participar con igualdad de condiciones en la vida nacional, y por correlato en las decisiones de la Administración que les puedan afectar, lo que queda refirmado en el Artículo 19 numeral 2° que estipula el principio de Igualdad ante la Ley.

Otra forma de participación, protegida en la CPR⁷, es la que permite a cada persona influir en la consecución del logro del mayor grado de realización personal, espiritual y material, que se extrae como consecuencia de la obligación del Estado, especialmente en la de garantizar la adecuada autonomía, descrita en el Artículo 1° inciso 3°⁸. Para explicarlo más sencillamente, por un lado encontramos la obligación del Estado de crear las condiciones necesarias, pero esta tarea estaría inconclusa, si por la contraparte no existiera la voluntad de cada una de las personas o grupos, de lograrlo.

⁷ Constitución Política de la República

⁸ Constitución Política de la República, Artículo 1° inciso 3° “...*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*...”

Por otra parte, por el principio de servicialidad del Estado⁹, este tiene la obligación de promover el Bien común, el que consiste en la creación de las condiciones necesarias para que todos y cada uno de los miembros de la comunidad alcancen el mayor grado de bienestar y de realización personal posible. Luego, de esta norma se desprende que la Obligación del Estado es sólo crear las condiciones y será cada persona o grupo la que deberá tender al logro del bienestar y realización personal a través de actos propios e individuales, vale decir, de su participación y rol dentro del ente social. Lo anterior para relacionarlo con lo ya descrito lo podrá hacer cada persona en la medida que exista igualdad de oportunidades y tenga la libertad personal para hacerlo.

La Normativa Administrativa y la Participación Ciudadana

Al revisar la Normativa del Derecho Administrativo, encontramos en el Artículo 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado¹⁰, “*Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y las Leyes*”, lo que se relaciona con lo expresado en la propia Constitución Política de la República en su artículo 6°¹¹. Recordemos que nuestro sistema u Ordenamiento Jurídico es esencialmente jerarquizado y derivado, lo que permite que las normas de menor jerarquía extraigan de las normas jerárquicamente superiores los valores incorporados a ella y dentro de este proceso de derivación se mantenga la armonía y coherencia entre todas las normas del sistema jurídico interno, lo que en este caso en particular no nos sorprende porque lo que está haciendo la LOCBGAE¹², es precisamente eso, reflejar la derivación.

A su vez el artículo 13¹³ de la misma norma legal, permite en cierta medida la participación ciudadana, a través del principio de publicidad, al consagrar la transparencia de la función pública, y la posibilidad de conocer los fundamentos de las decisiones que se adopten, categorizando como públicos los actos administrativos de los órganos de la administración, lo que favorece la participación ciudadana al menos en conocer el razonamiento que utilizó la

⁹ Constitución Política de la República, Art. 1° inciso 4° “.....Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional....”.

¹⁰ Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575 en su texto refundido, coordinado y sistematizado D.F.L. N° 1/19.653.

¹¹ Constitución Política de la República, Artículo 6°.- *Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.*

¹² Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹³ Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Artículo 13, indica “.....*La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.....*”.

Administración para adoptar tal o cual decisión y la facultad que les asiste a los interesados de poder impugnar u oponerse a esas decisiones en el marco que las leyes autorizan.

Por otra parte, la ley de bases del procedimiento administrativo¹⁴, estipula en su artículo 1° que en el caso que existan o se establezcan procedimientos administrativos especiales, vale decir, por regulaciones normativas específicas, la ley de bases del procedimiento administrativo se aplicará supletoriamente. Cabe hacer presente, que en cuanto a los procedimientos podrán definirse tramitaciones especiales, pero conceptualizando la armonía y coherencia de nuestro sistema normativo, muchos de los principios consagrados en diversas normas jurídicas tiene o debieran tener el carácter de vinculante en forma transversal para todos los procedimientos administrativos.

En el tema que nos ocupa el artículo 17¹⁵ de la ley de bases del procedimiento administrativo tiene un carácter de esencial, toda vez que consagra los derechos de las personas en su relación con la Administración, y nos permite visualizar cuales son las garantías legales que la ley le otorga a los interesados intervinientes.

Finalmente, la reciente Ley sobre acceso a la información pública¹⁶, en su artículo 5° prescribe “...*En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado...*”, lo que permite que la ciudadanía tenga acceso a la información que

¹⁴ Ley de bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, N° 19.880, modificada por la Ley N° 20.285.

¹⁵ Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, Artículo 17, *Derechos de las personas. Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a:* a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa; b) Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; c) Eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración; d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley; e) Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales; f) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución; g) Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente; h) Obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, e i) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.

¹⁶ Ley 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, publicada en el D.O. con fecha 20 de agosto de 2008, conocida como Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado.

avala la toma de decisiones de la Administración del Estado en general y de un órgano en particular, lo que a su vez permite que en el caso que se vulneren los derechos de las personas, éstas puedan oportunamente participar en su defensa.

La Normativa medio ambiental y la participación ciudadana

La Normativa medio ambiental se desprende de la garantía constitucional consagrada en el Artículo 19 numeral 8 de nuestra Constitución Política de la República, que en síntesis expresa tres Garantías – Deberes, que son a) El derecho que tenemos todos de vivir en un medio ambiente libre de contaminación; b) El deber que se exige al Estado de velar por el cumplimiento del Derecho descrito en la letra a, y el deber de tutelar la preservación de la naturaleza; y c) La facultad o atribución que tiene el legislador, quién a través de una ley podrá restringir el ejercicio de determinados derechos o libertades con el objeto de proteger el medio ambiente.

Lo anterior se recoge en forma muy similar en el artículo 1° de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente¹⁷, que reafirma los dos ámbitos de regulación, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, preservando la naturaleza y conservando el patrimonio ambiental.

Dicha normativa incorpora en el artículo 14, para la tramitación de los Estudios de Impacto Ambiental, la participación de los interesados o titulares de los proyectos sometidos a esta tramitación, como también considera la participación de organizaciones ciudadanas, lo que se refuerza en las normas del título II, párrafo 3° de la misma Ley 19.300, artículos 26 y siguientes, referido a la participación de la comunidad en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, asegurando la participación de organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y personas naturales directamente afectadas por el proyecto, quienes tendrá la posibilidad de formular observaciones al EIA¹⁸, dentro de un plazo de 60 días contados desde la última publicación del extracto de dicho EIA, observaciones que por cierto deberán ser fundadas e incluso en el caso de personas naturales, éstas deberán expresar la forma en que el proyecto o actividad les afecta, según lo dispuesto en el artículo 53 del Reglamento de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Así, la comisión evaluadora considerará fundadamente en su resolución las observaciones que estime conveniente y relevante. La ley no lo dice en forma expresa, sin embargo, la norma otorga al titular de alguna observación no

¹⁷ Ley N° 19.300

¹⁸ Estudio de Impacto Ambiental

consideradas, la posibilidad de presentar un recurso de reclamación, luego, podemos deducir que el legislador incorporó la debida flexibilidad a la norma, porque en forma tácita está reconociendo que no todas las observaciones serán recogidas por los organismos competentes.

Sin embargo, de la norma de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, (Ley 19.300), artículo 26¹⁹ antes referenciada, se extrae de la frase, “...según el caso...”, que tal disposición no es taxativa, dejando entregada la facultad a las comisiones regionales y a la comisión nacional de medio ambiente, establecer los mecanismos que aseguren dicha participación, dando cabida a que la Autoridad puede definir y aplicar otras modalidades frente a cada uno de los casos que se les presenten en forma particular.

Por su parte, el reglamento de dicha norma legal transcribe en forma idéntica, en el artículo 49 inciso 1°, la norma del artículo 26, ya comentado, pero agrega en el inciso 2° que dichos mecanismos serán establecidos en forma específica en cada caso, dependiendo de las características propias del proyecto o actividad, lo que deja más clara la aplicación de la norma legal.

De lo anteriormente analizado, podemos concluir que la Participación Ciudadana es una variable importante y juega un rol fundamental en el proceso de evaluación de impacto ambiental, la que en cumplimiento a las diversas disposiciones del Ordenamiento Jurídico Nacional, ya comentadas, permite que las personas puedan tener acceso a la información relacionada con proyectos o actividades que de una u otra forma los pudieran afectar, con la facultad que le entrega la norma de opinar fundada y responsablemente acerca de ella, transparentando el procedimiento y permitiendo a las personas en general, jurídicas y naturales, tener una instancia de participación en las decisiones de la Administración que les pudieran afectar, donde se confrontan y conviven el interés público que persigue la Autoridad, con el interés privado de los interesados en el proyecto y el interés colectivo de las comunidades o personas afectadas.

Lamentablemente en la práctica, no siempre la participación ciudadana está motivada por la búsqueda del mejoramiento del proyecto, o de las medidas de mitigación o como se puede mejorar de una u otra forma los eventuales impacto que pudieran generar los proyectos o la actividad pretendida, sino que lisa y llanamente, buscan en muchos de esos casos la revocación de los proyectos propuestos o su demora, poniendo todo tipo de trabas y organizándose para generar tal cantidad de observaciones que haga imposible su consecución en el corto plazo, poniendo a la autoridad en una situación incómoda, debiendo decidir

¹⁹ Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Ley 19.300, Artículo 26.- *Corresponderá a las Comisiones Regionales y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, según el caso, establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental que se les presenten.*

entre el progreso, la satisfacción de necesidades públicas o el interés ciudadano, que muchas veces busca el rechazo a los proyectos motivados por intereses particulares que no siempre miran a satisfacer el interés colectivo, generando incentivos perversos y abusando del derecho que los asiste, extendiendo la aplicación de la norma jurídica a situaciones que no estuvieron en su espíritu originario.

Otra norma Jurídica que recientemente incorporó la participación ciudadana a nuestra legislación fue la Aplicación del llamado Convenio 169 que entró en vigencia el pasado 15 de septiembre de 2009, éste norma jurídica internacional fue redactada por la OIT [Organización Internacional del Trabajo], quienes en su permanente rol de protección al acceso al trabajo, se ha preocupado de los pueblos indígenas, sin embargo con la dictación en 1989, del citado convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, claramente se apartó de su rol tradicional y dictó una norma con un nítido carácter de Derechos Humanos.

Chile lo incorporó a su ordenamiento jurídico, a través del decreto N° 236, ratificado por el Presidente de la República, único responsable de conducir las relaciones internacionales y llevar a cabo las negociaciones, además de concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que son sometidos a la aprobación del congreso, según lo prescribe nuestra propia Constitución en su artículo 32 sobre atribuciones especiales del Presidente de la República, aprobación que en su momento obtuvo en nuestro Congreso, pero no alejada de una serie de discusiones, que incluso llevó varias normas a revisión al Tribunal Constitucional.

La aplicación del Convenio 169, se pretendió hacer inicialmente a través del un texto llamado Código de Conducta Responsable, el que fue fuertemente criticado y finalmente rechazado por todos los estamentos de la sociedad.

Finalmente, la Administración a través del uso de las facultades o potestades reglamentarias del Presidente de la República, dictó un Reglamento, que regula específicamente la Consulta y participación de los pueblos indígenas.

La norma del convenio 169, a propósito de la consulta a los pueblos indígenas prescribe, *“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...”*, luego el convenio claramente estipula una obligación para la Administración del Estado y no para los particulares, sin embargo, el Reglamento que regula la consulta y participación de los pueblos indígenas, considera en su artículo 5 una obligación expresa a los particulares, ordenando *“...proyectos de*

inversión. Los proyectos de inversión en las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena.....serán sometidos a los procedimientos de consulta o participación que se contempla en las normativas sectoriales, sin perjuicio de lo cual, el órgano de la Administración del Estado competente podrá aplicar el procedimiento de consulta establecido en el presente reglamento.....”, a mi juicio en forma ilegal, toda vez que una norma reglamentaria jamás podrá imponer obligaciones que no considera la Ley, el fin de la reglamentación es detallar el cómo se cumplirá la Ley, pero en ningún caso podrá imponer otras restricciones u obligaciones que la Ley no contempla.

Luego, en este caso en particular, independiente de lo analizado en el párrafo anterior, esta norma incorpora otra consulta paralela como exigencia adicional, además de la participación ciudadana propia del EIA, lo que va en contra del concepto de la ventana única que pretendía canalizar las múltiples autorizaciones sectoriales por la vía del sistema de evaluación ambiental (SEIA), aumentando considerablemente los tiempos de tramitación.

Otro aspecto de gran relevancia al igual que la participación ciudadana, analizado en la primera parte de este trabajo, es el concepto de eficiencia en los procesos y de qué manera la normativa, medio ambiental en este caso, recoge este problema. Así, por ejemplo, no siempre la normativa permite un manejo eficientemente de las exigencias y las distribuye o utiliza sinérgicamente, como se debiera, generando con ellos demoras innecesarias, mayores costos, inseguridad y falta de certeza jurídica en la toma de decisiones y produciendo muchas veces el desincentivo de inversores en proyectos que son de gran importancia para la vida nacional.

Un ejemplo claro, relacionado con la participación ciudadana y que pueden afectar en idéntica forma a un mismo proyecto o actividad es la participación de los pueblos indígenas al amparo del Convenio 169 ya comentado.

De forma similar, la Ley sobre recuperación del Bosque Nativo y fomento forestal, considera tramitaciones distintas y previas a la tramitación del SEIA²⁰, referida a situaciones que digan relación con intervenir un bosque nativo de preservación, lo que afecta frontalmente contra la eficiencia y coherencia en los procedimientos administrativos, limitando la fluidez y la razonable tramitación, cuya aplicación ha sido recientemente regulada por la ORD. N° 563 del Ministerio de Agricultura, de fecha 8 de junio de 2009, aún cuando el estudio de Impacto ambiental considera dentro de los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental a la CONAF²¹, que participa en dicho procedimiento, la que

²⁰ Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

²¹ Corporación Nacional Forestal

curiosamente declara en su propia página web que el SEIA es un proceso que permite accionar el concepto de “ventanilla única ambiental”²².

Además en el mismo sentido, están las declaraciones de la Ministra de Medio Ambiente²³ que sostuvo que “... uno de los grandes logros del SEIA es que ha actuado como modelo coordinador de las instituciones de la administración pública, por cuanto considera las opiniones sectoriales y las hace partes de las evaluaciones para la posterior calificación ambiental. Por eso –afirmó la ministra- el SEIA opera como **ventanilla única**, vale decir, con su otorgamiento se consideran aprobados todos los permisos ambientales sectoriales”, lo que en general se produce, con algunas excepciones, pero que claramente requiere mayores esfuerzos por unificar las exigencias no sólo desde el punto de vista ambiental, sino que extenderlo a la normativa en general, evitando así la duplicidad de esfuerzos que atentan fuertemente con la materialización de los proyectos sometidos a esta regulación.

Finalmente en este tema, el reglamento general de la Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, del decreto 93, promulgado en noviembre del año 2008 y que entró en vigencia recientemente a través de su publicación el 5 de octubre de 2009, donde se vino a regular en definitiva el procedimiento en estos casos, donde el artículo 16²⁴, incorporó nuevas exigencias distintas a los requisitos exigibles en el SEIA, exigiendo la elaboración, presentación y previa aprobación de un plan de manejo de preservación²⁵ y el reconocimiento del proyecto con la calidad de obras de interés nacional, lo que modifica los plazos originales y alargando considerablemente la tramitación en materias que por uso de la razón debieran ser consideradas en un solo procedimiento, como podría ser el SEIA.

²² <http://www.conaf.cl>

²³ Revista oficial Ambiental 2009, Ecoamerica.cl, <http://www.ecoamerica.cl/sitio/index.php?area=391>.

²⁴ Artículo 16. Corresponderá presentar un plan de manejo de preservación, cuando se trate de intervenir un bosque nativo de preservación y cuando se trate de las siguientes situaciones excepcionales que afecten a individuos de las especies vegetales señaladas en el inciso primero del artículo 19 de la Ley, que sean parte de un bosque nativo: a) Alteración de hábitat o corta, eliminación, destrucción o descepado, en cualquier tipo de terreno, con motivo de investigaciones científicas o fines sanitarios siempre que tales intervenciones sean imprescindibles y no amenacen la continuidad regenerativa de la especie a nivel de la cuenca o, excepcionalmente, fuera de ella; y b) Alteración de hábitat o corta, eliminación, destrucción o descepado, en cualquier tipo de terreno, con motivo de construcción de caminos, el ejercicio de concesiones o servidumbres mineras, de gas, de servicios eléctricos, de ductos u otras reguladas por Ley, siempre que la ejecución de tales obras sea de interés nacional, que sean imprescindibles, y que tales intervenciones no amenacen la continuidad regenerativa de la especie a nivel de la cuenca o, excepcionalmente, fuera de ella.

²⁵ Reglamento general de la Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, Artículo 4°, decreto 93 publicado el 10 de octubre de 2009.

La concepción de ventanilla única en la legislación administrativa y medioambiental

El concepto de ventanilla única, es una denominación simple de una institución, que a mi juicio, ya había recogido nuestra legislación administrativa en diversas normas jurídicas, que analizaremos a continuación.

Así, el artículo 5° de la LOCBGAE²⁶, inciso 2° prescribe que “...*Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones*”, esta norma es clara, precisa y no amerita mayor complejidad en su interpretación, y busca alcanzar un grado de eficiencia en el proceso y de eficacia en el resultado, a veces un tanto utópico en el actuar de algunos órganos de la Administración, pero que como declaración persigue un definido parámetro de conducta obligatoria para todos los actores de los diversos procedimientos administrativos, aplicables tanto para el general como en los procedimientos especiales.

La anterior disposición es concordante con la que parece ser su norma constitucional inspiradora, así en el artículo 114 (actual), de la CPR²⁷, se consagra un principio similar, donde en su inciso final prescribe, “...*Asimismo, (la Ley), regulará los procedimientos que aseguren la debida coordinación entre los órganos de la Administración del Estado para facilitar el ejercicio de las facultades de las autoridades regionales*”, si bien esta es una norma general y abstracta, al no distinguir, se debe entender referida a todos los órganos de la Administración del Estado.

Esta norma, que alcanza a todo el actuar de la Administración, trasciende la frontera de lo meramente ambiental y busca unificar procesos evitando duplicaciones o interferencias de funciones como declara la norma y que a veces en la práctica no es posible alcanzar, como ya lo demostramos con el ejemplo de la duplicidad de participación tanto en la normativa del convenio 169, como en la participación de la Ley de Bases del Medio Ambiente, generándose procesos a veces paralelos y otras veces consecutivos.

La Ley de Bases también consagra el principio de eficiencia y eficacia al decir “... *los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos*”, lo que constituye una obligación para los órganos del Estado.

Para ser justo esto no depende exclusivamente del actuar de estos órganos de la Administración, sino que también estarán fuertemente influidos por las

²⁶ Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

²⁷ Constitución Política de la República

disposiciones legales que incorpora al Ordenamiento Jurídico el legislador, quien muchas veces no logra mantener una coherencia en la normativa, generando exigencias similares a situaciones que de suyo se pueden complementar y a la que seguramente se verá enfrentado un mismo proyecto o actividad, a lo anterior, se le puede adicionar las disposiciones de un también muchas veces poco racional uso de la potestad reglamentaria y regulatoria según sea el caso.

Para simplificar el entendimiento de lo anteriormente analizado, podemos poner un ejemplo práctico; un proyecto minero o un proyecto eléctrico, puede verse enfrentado al cumplimiento de diversas normativas, por ejemplo, a la medio ambiental en cumplimiento del SEIA; a la normativa de la Ley del Bosque Nativo en el supuesto que existan especies protegidas en las áreas de afectación del proyecto que obligue a buscar la declaración de interés nacional a la que obliga dicha normativa especial; a la del convenio 169 si en forma parcial o total existen tierras de comunidades indígenas que obliga a una consulta paralela, a las de la regulación de aguas, si se trata de un proyecto hidroeléctrico, etc., todas ellas normas de derecho administrativos pero con regulaciones y exigencias distintas. La pregunta que cabe entonces plantearse es si ¿efectivamente existe la Ventanilla única a través del SEIA o en forma genérica o transversal a nuestra normativa administrativa? O ¿solo opera para algunos aspectos medioambientales?

Concordante con la norma anterior, la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, también consagra diversos principios que miran en la misma dirección, y en su calidad de procedimiento general o supletorio en otros casos, como lo dispone expresamente la norma del Artículo 1° de esta Ley 19.300, debiendo ser al menos complementario con las normas específicas o especiales de la leyes o regulaciones medioambientales.

Luego, en el artículo 7° de la Ley 19.880²⁸, se plasma el principio de celeridad, que prescribe, *“El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites. Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión”*. Reforzando el mismo criterio en el inciso final, e incluso dándole un impulso adicional, obligando a la Administración a tener un mayor grado de diligencia y preocupación cuando los procedimientos son originados por una solicitud o en ejercicio de un derecho. El criterio anterior, queda especialmente ratificado con la disposición del artículo 17, derechos de las personas, que un su letra e), determina que *“Ser tratados con respeto y deferencia*

²⁸ Ley de bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, N° 19.880, modificada por la Ley N° 20.285.

por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales". Luego, podemos concluir que lo que persigue la norma es incorporar al procedimiento un importante grado de dinamismo y agilidad.

Otra norma, que busca un objetivo similar, es el principio de economía procedimental, del artículo 9 de la Ley 19.880, que persigue: a) hacer un buen uso de los recursos administrativos; b) evitar trámites innecesarios o dilatorios; c) hacer uso de una sinergia administrativa; d) coordinar esfuerzos con otros órganos.

De lo anterior, se desprende que al menos, desde el punto de vista declarativo, el procedimiento y actuar de la Administración debiera estar inspirado en una tramitación eficiente, tras la búsqueda de resultados eficaces para las partes.

Porque me refiero a las partes, porque ambos tienen objetivos diversos, en el caso de un proyecto, por ejemplo, la Autoridad velará por el cumplimiento de su mandato constitucional y legal de preservar el medio ambiente, mientras que los particulares velarán por el cumplimiento y búsqueda de la autorización para hacer posibles sus proyectos.

CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha pretendido analizar aspectos relevantes de la regulación. Por un lado la participación ciudadana y la normativa medioambiental y por otro lado la eficiencia en el procedimiento, concentrando toda la tramitación relacionada en un solo procedimiento administrativo especial, dando pie al concepto de ventanilla única.

Estos casos, fueron abordados desde un punto de vista general hacia un punto de vista particular y si bien es cierto nuestra normativa es aún perfectible en general y reconociendo que hemos dado pasos importantes en la regulación, especialmente en la certeza jurídica como valor central de nuestro ordenamiento jurídico, también creemos que no basta con tener incorporado a la norma estas obligaciones, si por una parte, los órganos de la administración no son capaces de cumplir eficientemente este mandato, y por la otra, si nuestro poder legislativo no es capaz de tener una visión unificada, armónica y uniforme de la actividad procedimental a la que someterá a los obligados.