

**Universidade de Brasília – UnB  
Faculdade de Direito**

**JORGE ANÍBAL ARANDA ORTEGA**

**LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA FORMULACIÓN DE  
ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LICENCIAMIENTO  
AMBIENTAL: CUESTIONES SOBRE LA TEORÍA PROCESAL  
ADMINISTRATIVA EN CHILE Y BRASIL**

*Citizen Participation in the formulation in environmental assessment administrative acts:  
issues about the administrative process theory in Chile and Brazil*

**Brasília  
2019**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

**LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA FORMULACIÓN DE  
ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LICENCIAMIENTO  
AMBIENTAL: CUESTIONES SOBRE LA TEORÍA PROCESAL  
ADMINISTRATIVA AMBIENTALES EN CHILE Y BRASIL**

Autor: Jorge Aníbal Aranda Ortega

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Brasília, 5 de abril de 2019.

# FOLHA DE APROVAÇÃO

Jorge Aníbal Aranda Ortega

## **LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA FORMULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LICENCIAMIENTO AMBIENTAL: CUESTIONES SOBRE LA TEORÍA PROCESAL ADMINISTRATIVA EN CHILE Y BRASIL**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Aprovada em: 05 de abril de 2019

### BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha  
(Orientador – Presidente)

---

Agustín Barroilhet Diez  
Prof. Dr.  
(Membro)

---

Prof. Dr. Jerônimo Tybusch  
(Membro)

---

Profa. Dra. Ana Claudia Farranha  
(Membro)

---

Prof. Dr. Antônio de Moura Borges  
(Suplente)



## **Agradecimientos**

Entiendo que, por razón de buenas maneras propias de los textos académicos, debería ser conciso en esta parte. Sin embargo, la enorme gratitud que siento por muchas personas que me han ayudado en este peregrinar, me permiten extenderme un poco más allá de lo razonable. Para estos efectos, prefiero desentonar a ser un malagradecido.

Atendido ello, debo comenzar agradeciendo a mi profesor orientador Marcio Iorio Aranha, quien incondicionalmente me apoyó y ayudó en la redacción de este texto. Gracias por las conversaciones que iban más allá del contenido de esta obra, que podían ir desde la más delicada contingencia política hasta el más rebuscado rock progresivo. Mil gracias por la motivación desinteresada para ayudarme a ser un mejor estudiante, y, quizá algún día, un competente profesor universitario.

Igualmente, agradezco los comentarios oportunos de Ana Claudia Farranha, Argemiro Martins, Alexandre Bernardino Costa, Jeronimo Tybush, Agustín Barroilhet, y Marcus Faro, quienes contribuyeron con críticas y sugerencias bibliográficas que se han tenido a bien.

Debo agradecer al Grupo de Estudios en Recursos Naturales del Núcleo de Derecho Sectorial y Regulatorio de la Universidad de Brasilia, en especial a Carina Costa y Gabriela Lima por permitirme participar de las reuniones, en las que siempre obtuve muy buenas ideas. También debo agradecer al Bloque Constitucional del Centro Brasileño de Estudios Constitucionales del Centro Universitario de Brasilia, dirigido por André Gontijo, donde siempre encontré apoyo y críticas constructivas.

Gracias a mis compañeros del postgrado, en especial a Fernanda Araujo, Harvey Mpotó, Nathaly Mancilla, Murilo Borsio Bataglia, Amanda Espiñeira, Acacio Nascimento, y Janny Carrasco por tantas ideas intercambiadas.

Además, es de toda justicia agradecer a mi amigo Heitor Ambrosio, por sus sugerencias fundamentales al primer capítulo, y a mi amigo Claudio Barahona por sus valiosos comentarios al segundo capítulo, y por esas eternas discusiones que, pese a no tener mayor objeto que la entretención en el lato disentiimiento, siempre aportan una enormidad.

Debo gracias a mis antiguos y grandes maestros, en especial a don Enrique Gallardo (¡Larga vida a la visión periférica!), y a don Alberto Christiny, que en paz descansa.

Huelga agradecer también a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en particular, al Centro de Derecho Ambiental; gracias eternas a todos quienes han pasado por ahí como ayudantes. También, agradezco a la Facultad de Ciencias de la Universidad de Chile, que me dio la oportunidad y el desafío de hacerles clases de legislación ambiental a sus increíbles estudiantes.

Muchas gracias a la CAPES por haber financiado mis estudios. Gracias a todo el personal de la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia, quienes me ayudaron tantas veces.

Agradecimientos especiales merece Thais Dalla Corte, con quien, en estos años y pese a la distancia, logramos desarrollar varios trabajos académicos en conjunto. Gracias por tanto esfuerzo, por tanta sonrisa y tanta alegría.

Debo dar gracias a todos los amigos que me han acompañado, de cerca o de lejos, en la redacción del texto. Gracias merecen, sin duda, quienes más de alguna vez me acompañaron a distraerme en los bares de las cuabras cuatrocientas, en alguna samba u otra actividad recreativa. En especial gracias a Pedro Cardozo, Wesley Cerqueira, Rafael de Gois, Jeronimo Calorio Pinto y Luís Aquino. También merecen agradecimientos los parroquianos del Bar Pilequinho de Tatuapé, en especial Francisco, Fernando, Denilson, Jocelio, Tony y Mario.

Por diversas y nobles razones, gracias al Concejo; a Matías, Raúl y Salvador. Gracias a Renato y a Michael; a Evellyn; a Alicia; a Jerry, Cesar, Milagros, Juanito y Ricardo; y gracias a Kristiane.

Les debo amplia gratitud a Josua, a Jonathan y a Ana María por su apoyo cuando las cosas se ponían cuesta arriba.

Gracias a mi madre, a mi padre, a mis hermanos, a mi familia.

Gracias, en general, a todos a quienes me ayudaron a concretar este texto. Quizá he olvidado agradecer expresamente a alguien en esta extensa lista. Quien injustamente no ha sido mencionado, quiero que sepa, con prontitud, que ha sido sin mala intención.

Finalmente, gracias a cualquiera que amablemente lea esta obra... Y, cabe siempre la advertencia: todo error es sólo imputable a mi propia negligencia.



## FICHA CATALOGRÁFICA

ARANDA ORTEGA, JORGE ANÍBAL

AAR662I

La participación ciudadana en la formulación de actos administrativos de licenciamiento ambiental: cuestiones sobre la teoría procesal administrativa en Chile y Brasil / Jorge Aníbal Aranda Ortega; orientador Marcio Iorio Aranha. -- Brasília, 2019.

xviii, 206 p. Tese (Doutorado - Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, 2019.

1. Participación Ciudadana. 2. Lógica de la Acción Colectiva. 3. Teoría Procesal Administrativa. 4. Captura del Órgano. 5. Licenciamiento Ambiental.  
I. Aranha, Marcio Iorio, orient. II. Título.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ARANDA ORTEGA, JORGE. (2019) La participación ciudadana en la formulación de actos administrativos de licenciamiento ambiental: cuestiones sobre la teoría procesal administrativa en Chile y Brasil. Tese de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019, p. 207

# Sumário

1	INTRODUCCIÓN .....	1
1.1	Presentación .....	1
1.2	Justificación de la investigación.....	1
1.3	Teorías usadas en este texto. ....	2
1.4	Tema de investigación, problema, pregunta e hipótesis.....	2
1.5	Base empírica .....	3
1.6	Limitaciones de esta tesis .....	4
1.7	Estructura del texto.....	5
2	CAPITULO 1: LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA TEORÍA PROCESAL ADMINISTRATIVA: UNA CRÍTICA A LOS GRUPOS DE INTERES ESPECIAL EN LA LÓGICA DE LA ACCIÓN COLECTIVA .....	8
2.1	Presentación .....	8
2.2	Dos recortes temáticos: concepto y alcance de la participación ciudadana ..	10
2.2.1	Primer recorte: alcance de la participación ciudadana.....	12
2.2.2	Segundo recorte: en relación con los cuatro conceptos de participación ciudadana .....	13
2.3	La lógica de la acción colectiva como una manifestación especial de la teoría de la elección pública y su influencia en el derecho .....	24
2.3.1	Breve explicación de las ideas de Mancur Olson .....	25
2.3.2	Cuestionamientos a la lógica de la acción colectiva pertinentes a este texto 32	
2.4	La teoría procesal administrativa .....	44
2.4.1	Explicación de la teoría procesal administrativa de Croley.....	44
2.4.2	Limitaciones de la teoría procesal administrativa.....	55
2.5	Evaluando la propuesta: la teoría procesal administrativa es pertinente para efectos de esta tesis .....	65

3	CAPÍTULO 2: ADAPTACIÓN DE LA TEORÍA PROCESAL ADMINISTRATIVA: ELEMENTOS DOCTRINALES. ....	68
3.1	Presentación .....	68
3.2	Generalidades sobre los trasplantes y la adaptación del derecho extranjero. ....	68
3.3	Los trasplantes en el derecho: una perspectiva histórica.....	70
3.4	Diferencias y semejanzas entre el estudio histórico de los trasplantes y la teoría de los orígenes.....	72
3.5	La imposibilidad del trasplante: el derecho más allá del mero texto. ....	73
3.6	Dos niveles de aproximación: ¿Qué trasplantamos? ¿Cómo lo estudiamos?75	
4	CAPÍTULO 3: ADAPTACIÓN DE LA TEORÍA PROCESAL ADMINISTRATIVA: ELEMENTOS LEGALES. ....	80
4.1	Presentación. ....	80
4.2	Generalidades del proceso administrativo, a propósito de la independencia del órgano, de la participación ciudadana y del interés público. ....	80
4.3	Breves antecedentes históricos del procedimiento administrativo.....	82
4.4	Principios del procedimiento administrativo.....	84
4.5	El valor de los principios del procedimiento administrativo.....	85
4.5.1	Principio de legalidad. ....	87
4.5.2	Principio de Finalidad o Conclusivo.....	88
4.5.3	Principio de la motivación. ....	89
4.5.4	Razonabilidad y proporcionalidad .....	89
4.5.5	Principio de Moralidad. ....	91
4.5.6	Principio de amplia defensa y contradictorio.....	92
4.5.7	Contradicción y el concepto de interesado .....	93
4.5.8	Principio de seguridad jurídica .....	96
4.5.9	Principio de interés público, imparcialidad y abstención .....	97
4.5.10	Principio de eficiencia y economía procesal. ....	98
4.5.11	Principio de escrituración.....	99

4.5.12	Principio de gratuidad .....	99
4.5.13	Principio de tramitación de oficio y celeridad. ....	100
4.5.14	Principio de no formalización. ....	101
4.5.15	Principio de inexcusabilidad. ....	102
4.5.16	Principio de impugnabilidad. ....	103
4.5.17	Principio de transparencia y publicidad. ....	104
4.6	Posibilidad de independencia del órgano, participación ciudadana e interés público a propósito de los principios del procedimiento administrativo. ....	104
4.7	La autarquía de los órganos licenciadores como resguardo de independencia. 107	
4.7.1	Desarrollo y recepción del concepto de autarquía en Chile y Brasil ...	107
4.7.2	Autarquía y agencia reguladora, a propósito de la adaptación de la teoría procesal administrativa al derecho administrativo continental en general. ....	112
4.8	Generalidades sobre la evaluación de impacto ambiental.....	114
4.8.1	Antecedentes de la evaluación de impacto ambiental.....	119
4.8.2	Justificación de la evaluación de impacto ambiental.....	121
4.8.3	Críticas a la Evaluación de Impacto Ambiental.....	122
4.8.4	Sobre cómo es considerada la evaluación de impacto ambiental en la ley. 123	
4.8.5	Sobre de la participación ciudadana en la Evaluación de Impacto Ambiental.....	124
4.8.6	Objetivos de la participación ciudadana en la evaluación de impacto ambiental.....	126
4.9	La Evaluación de Impacto Ambiental en Chile .....	127
4.9.1	Tramitación de la Evaluación de Impacto Ambiental en Chile. ....	131
4.9.2	Participación ciudadana en la Evaluación de Impacto ambiental en Chile. 138	
4.9.3	Evaluación de Impacto Ambiental en Brasil .....	141

4.9.4	La participación ciudadana en la Evaluación de Impacto Ambiental en Brasil.	152
5	CAPÍTULO 4: TRES EJEMPLOS DE FALIBILIDAD DE LA LÓGICA DE LA ACCIÓN COLECTIVA EN LA EVALUACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES	157
5.1	Presentación.	157
5.1.1	Primera consideración previa sobre los casos: del concepto formal de interesado al concepto material de actor, y el contexto en el cual operan, a propósito del estudio de las políticas públicas.	158
5.1.2	Segunda consideración previa sobre los casos: el procedimiento contencioso administrativo en el contexto de la teoría procesal administrativa.	166
5.1.3	Tercera consideración previa sobre los casos: criterios para su selección, especialmente con relación a los actores y a la tramitación judicial y administrativa.	167
5.2	Caso El Morro	168
5.3	Caso HidroAysén.	171
5.4	Caso “Barra Grande”	173
5.5	Contrastando la modelo con los casos: los grupos de interés especial en contextos sociales organizados.	177
6	CONCLUSIONES	179
6.1	Presentación	179
6.2	La teoría procesal administrativa se sostiene sobre la autonomía del órgano y participación ciudadana.	179
6.3	La teoría procesal administrativa adaptada a Chile y Brasil como una fuente formal y mediata.	180
6.4	Autonomía del órgano y participación ciudadana es verificable en otras normativas y en otros procedimientos administrativos.	180
6.5	Evidencias limitas que demuestran la falibilidad de la teoría de la captura en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.	181

6.6	Consideraciones finales.....	182
7	BIBLIOGRAFÍA .....	184

## Resumen

Este texto demuestra que la captura de los órganos de licenciamiento ambiental no es inminente en Chile y en Brasil, como lo pretende explicar la lógica de la acción colectiva de Mancur Olson, aplicada al comportamiento de los grupos de interés especial, porque la lógica de la acción colectiva omite a los procesos administrativos que preceden a las decisiones terminales, en los cuales, habiendo grados de autonomía de la administración y articulación ciudadana, la captura es contrarrestada en ciertos casos, cuestión denotada por la teoría procesal administrativa de la regulación de Steven P. Croley. Si bien la teoría procesal está ideada para el contexto específico de creación de regulaciones en los Estados Unidos, esta teoría es adaptable a otro tipo de procesos administrativos y a otros sistemas jurídicos, porque sus dos elementos principales, a saber, la independencia del órgano en el proceso y la posibilidad de participar, por parte de los interesados, se encuentran en las legislaciones ambientales de Chile y de Brasil. Finalmente, entendiendo que esas legislaciones ofrecen algún grado de autonomía y de participación, se explica el estudio de los casos “El Morro” e “HidroAysén” en Chile, y de “Barra Grande” en Brasil, en los que se demuestra la falibilidad de la captura inminente por parte de los grupos de interés especial. En esta muestra de casos, es posible apreciar cómo los interesados logran articularse para contrarrestar la presión de los grupos de interés especial

Palabras-chaves: Participación ciudadana; lógica de la acción colectiva; teoría procesal administrativa; captura del órgano; licenciamiento ambiental

## ***Abstract***

*This text demonstrates the not imminent capture of environmental licensing bodies in Chile and in Brazil, as is explained by the logic of collective action of Mancur Olson, applied to the behavior of special interest groups. This, because the logic of collective action neglects the administrative processes that precede the final decisions, in which, having autonomy degrees of administrative bodies and citizen articulation, the capture is counteracted in cases, point denoted by the administrative process theory of Steven P. Croley. Although administrative process theory explains specific context of regulatory processes in the United States, this theory is adaptable to other administrative processes and other legal systems, because its two main elements, namely, the independence of the licensing body and the possibility of citizen participation, are in the environmental legislations of Chile and Brazil. Finally, understanding that these legal systems offer some degree of autonomy and participation, the study explains three cases that demonstrate the fallibility of imminent capture by the special interest groups. In these cases, it is possible to understand how other groups can articulate themselves to counteract the pressure of special interest groups.*

*Keywords: Citizen Participation; logic of collective action; administrative process theory; capture; environmental assessment*

## **Lista de Figuras**

Figura 1. Relación entre elección pública, lógica de la acción colectiva y grupos de interés especial, 31

Figura 2. 5 afirmaciones de la elección pública, 47

Figura 3

5 Las cinco afirmaciones de la teoría procesal administrativa, 52

## Lista de siglas

- EPIA-IIA: Estudio Previo de Impacto Ambiental y al Informe de Impacto Ambiental.
- ICE: Informe Consolidado de Evaluación.
- ICSARA: Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones.
- LBGMA-CHI: ley N° 19.300/1994 de Bases Generales del Medio Ambiente.
- LBPA-CHI: Ley N° 19.880/2003 de Bases los de Procedimientos Administrativos de Chile.
- LC 140/2011-BRA: Ley Complementaria de la Constitución N.º 140 de 2011.
- LIA/2003-BRA: Ley de Información Ambiental N°10.650/2003.
- LOCBGAE-CHI: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración el Estado.
- LPA-BRA: Ley N° 9.784/1999 de proceso administrativo de Brasil.
- LSMA-CHI: Ley N° 20.417/2010 crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- LTA-CHI: Ley N° 20.600/2012 de Tribunales Ambientales.
- PNMA/1981-BRA: Política Nacional de Medio Ambiente Ley N.º 6938/1981.
- RCA: Resolución de Calificación Ambiental.
- RES-1/1986-BRA: Resolución N.º 1 de 1986.
- RES-237-1997-BRA: Resolución N.º 237/1997 del Consejo Nacional de Medio Ambiente.

# 1 INTRODUCCIÓN

## 1.1 Presentación

La participación ciudadana ha sido pensada, en los procesos administrativos, como una vía legal para incidir en la formulación de decisiones del Estado que afectan a los ciudadanos. Así, la incidencia de las personas en la toma de decisiones políticas y administrativas que afectan su entorno, más allá del sufragio, es una cuestión actualmente relevante, que muchas veces gana protagonismo en conceptos con contenido jurídico tales como democracia ambiental, derecho a un medio ambiente equilibrado, o incluso como desarrollo sostenible.

Particularmente, el protagonismo mediático de la participación, más allá de los conceptos involucrados, cobra relevancia en la aparición de conflictos en los cuales la ciudadanía se opone a proyectos o emprendimientos de gran envergadura, de grandes consecuencias ambientales. La oposición puede articularse en torno a las posibilidades de participación con que cuentan los ciudadanos, pero, infelizmente, esos conflictos pueden escalar en represión, violencia, superando al Estado en su deber de garantizar los derechos fundamentales de los involucrados en dichos conflictos

Por la fuerza de estos hechos, la participación ciudadana se ha convertido en una cuestión abordada por diferentes disciplinas sociales aplicadas. Juristas, sociólogos, economistas, psicólogos sociales, sólo por nombrar algunos, intentan dar respuestas en un desarrollo teórico multidisciplinar en el que, sin los debidos resguardos, puede haber una gran confusión conceptual y teórica.

En ese orden de cosas, es menester aportar, desde los estudios jurídicos, con elementos que ayuden esclarecer este tema y que promueva el papel del Estado como promotor de paz social. La presente tesis trata, desde una perspectiva jurídica, la participación ciudadana en la formulación de actos administrativos de licenciamiento ambiental, en Chile y en Brasil.

## 1.2 Justificación de la investigación

En líneas generales, la participación ciudadana ha sido pensada, en los procesos administrativos, como una vía legal para incidir en la formulación de decisiones regulatorias que afectan a los ciudadanos. Un buen ejemplo de ello es el medio

ambiente, sector determinado por conflictos entre gremios de la producción y activistas. Considerando que el derecho debe velar por la paz social, el proceso administrativo se muestra como una herramienta preventiva de éstos. Bajo ese punto de vista, hay posturas que critican la intervención del Estado en la regulación ambiental, basándose en la teoría de la elección pública, según la cual el Estado no debería tener mayor participación, bajo riesgo de ser capturado. En otro sentido, los activistas, apuntando al derecho a un medio ambiente adecuado como un derecho fundamental, usan la participación ciudadana en la formulación de actos administrativos para resguardarlo.

La presente tesis propone, más allá de las visiones presentadas, a la Administración del Estado como un verdadero “administrador de participaciones”, pasando los ciudadanos de ser meros administrados a ser coadyuvantes de la burocracia, legitimando las decisiones administrativas.

### 1.3 Teorías usadas en este texto.

El presente texto pretende hacer una revisión del comportamiento de los grupos de interés especial en la lógica de la acción colectiva, desarrollada por Mancur Olson, desde una metodología deductiva, según la cual estos grupos capturarían a la Administración del Estado indefectiblemente. Esta crítica es realizada desde la teoría procesal administrativa de Steven P. Croley, quien, desde una metodología inductiva, recoge evidencia de procesos administrativos, demostrando la falibilidad de la lógica de la acción colectiva.

Es menester señalar, en este punto, que los casos estudiados no son una muestra representativa, ni mucho menos. La teoría procesal administrativa, como se verá más adelante, tiene como finalidad demostrar la falibilidad de la captura del Estado propuesta por la lógica de la acción colectiva. De esta forma, la consideración de los procedimientos como una potencialidad de participación, del que pueden derivar variados resultados, y no un mero *input-output*, o si se quiere, un túnel de una entrada y una salida.

### 1.4 Tema de investigación, problema, pregunta e hipótesis

El tema trabajado, entonces, es la participación ciudadana en los procesos de administrativos de licenciamiento ambientales. Dentro de ese tema, he podido identificar, como problema, la cuestión de la captura de los órganos tomadores de decisiones en los procesos administrativos de evaluación de impactos ambientales, gracias a que los grupos de interés especial participan con gran ventaja en relación de otros grupos.

Así, cabe la siguiente pregunta de investigación: **¿Es posible determinar que, infalible e inevitablemente, los órganos de la Administración del Estado que autorizan diferentes emprendimientos siempre serán capturados, tanto en Chile como en Brasil, por los grupos de interés especial?** Ante esta interrogante, mi hipótesis principal es que **no, no serán capturados a todo evento** por las siguientes tres razones:

En primer lugar (hipótesis secundaria número 1), los órganos de la administración no serán capturados a todo evento **porque la cualidad de irrefutable de la lógica de la acción colectiva es cuestionable desde las proposiciones de la teoría procesal administrativa.**

En segundo lugar (hipótesis secundaria número 2), no serán capturados a todo evento **porque si bien la teoría procesal administrativa fue pensada para el caso particular de los Estados Unidos y a los procedimientos de formulación de regulaciones, es posible adaptarla a los procedimientos administrativos de licenciamiento ambiental de Chile y de Brasil** para explicar decisiones contrarias a la lógica de la acción colectiva.

En tercer lugar (hipótesis secundaria número 3), **porque existe evidencia, tanto en Chile como en Brasil, que sustenta las afirmaciones hechas por la teoría procesal administrativa.** Para ello serán revisados los casos de “El Morro” e “HidroAysén” en Chile, y el caso de “Barra Grande” en Brasil.

## 1.5 Base empírica

El presente texto usará fuentes documentales de dos tipos. El primer tipo, responde a la bibliografía alusiva a textos académicos jurídicos de derecho público en general, y de derecho administrativo, económico, y ambiental en particular, referidos a la teoría de la elección pública, a la teoría procesal administrativa, y a la participación ciudadana. También incorpora textos alusivos a la teoría económica institucional, y en

menor medida, a algunos textos de sociología referidos a la participación ciudadana. Todos estos textos son **fuentes mediatas** del tema estudiado.

El segundo tipo de fuentes responde a la documentación de los procesos administrativos y de sus respectivas impugnaciones judiciales, revisando sus expedientes y documentos anexos, en su calidad de **fuentes inmediatas** del fenómeno estudiado.

## 1.6 Limitaciones de esta tesis

Este no es un trabajo de pretensiones comparativas, o, si se quiere, de derecho administrativo, regulatorio o ambiental comparado entre Chile y Brasil, pues no pretendo determinar si una u otra legislación se adecua mejor a los parámetros de la teoría procesal administrativa propuesta por Steven P. Croley. La razón del estudio de estos dos países, y de ciertos casos representativos de evaluación ambiental, es por los conocimientos que tengo sobre dichas realidades, la facilidad acceso a las fuentes inmediatas, y como una manera de traer a la experiencia brasileña algunos elementos de regulación ambiental chilena, con la finalidad de aportar en mi calidad extranjero en el proceso selectivo especial dispuesto por la Universidad de Brasilia. Las vicisitudes teóricas de esta cuestión serán desarrolladas latamente en el capítulo 2.

Esta tesis tampoco busca (ni puede) superar totalmente la limitación particularista de la teoría procesal administrativa de la regulación, en el sentido de englobar una muestra representativa de casos estudiados. Ello no sería posible en el contexto de esta tesis, pues significaría realizar una revisión exhaustiva de la mayor cantidad de casos posibles. Por el contrario, esta tesis es una adaptación de una teoría regulatoria relativamente reciente a ordenamientos jurídicos distintos al de su origen.

Tampoco esta tesis es una crítica total y determinante contra los postulados de la lógica de la acción colectiva. Hacer un trabajo así implicaría, al igual que en la limitación anterior, recolectar una gran cantidad de información, procesarla, y arrojar resultados empíricos de un universo mayor de casos, los que deberían ser contrastados con las predicciones deductivas propuestas por la lógica de la acción colectiva. Lo que sí pretende hacer es demostrar la falibilidad de ésta, descartando sus pretensiones de ser irrefutable.

## 1.7 Estructura del texto

Este texto está desarrollado en cuatro capítulos y una sección final con las conclusiones. En el Capítulo 1, revisaré lo que se entenderá como participación ciudadana en este texto, dando a entender que ha sido estudiada a la participación en un sentido administrativo (y no político), y que, en ese contexto, admite cuatro definiciones, las cuales han surgido diacrónicamente a lo largo del tiempo en el derecho ambiental, y que hoy conviven sincrónicamente, debiendo tener cuidado cuando se usa una acepción u otra. Así, encontramos un concepto procedimental formal, uno procesal material, y uno de participación ciudadana como derecho humano y finalmente uno como principio del derecho ambiental. Esta tesis se desarrollará principalmente a propósito del concepto procesal material. Luego, dentro del contexto de la teoría de elección pública, revisaré las predicciones de la lógica de la acción colectiva sobre los grupos de interés especial, los que pueden desarrollar poder político más allá de la satisfacción intereses individuales de sus miembros, direccionando el actuar del Estado en su favor, en desmedro de otros grupos. Luego, revisaré a la teoría procesal administrativa como una crítica a estas predicciones, porque siempre que se permita algún grado de autonomía al órgano tomador de decisión y que haya participación ciudadana, se crean circunstancias que permiten la articulación de grupos en oposición a los grupos de interés especial. También se evaluarán algunas limitaciones a la teoría procesal administrativa, siendo la principal su doble particularismo, dado que es sólo aplicable, *prima facie*, al derecho estadounidense y a los procedimientos de formulación de regulaciones.

En el capítulo 2 me haré cargo de las críticas acerca del particularismo de la teoría procesal administrativa, desde una perspectiva teórica. Para ello, explicaré cómo es posible adaptar la teoría procesal administrativa al derecho ambiental latinoamericano, en el contexto de las discusiones sobre trasplantes y adaptaciones de derechos foráneos al derecho doméstico, con ciertas consideraciones a como la teoría de los trasplantes, en su formulación histórica, se distancia de los trasplantes estudiados por las ideas que relacionan entre el derecho a la economía, especialmente, a propósito de los postulados de la teoría de los orígenes. Con todo, cabe afirmar que la adaptación es posible una vez que se distingue la fuente del derecho que es llevada de un sistema a otro, siendo necesaria en el caso de la doctrina, en su calidad de fuente formal y mediata, una adaptación, siendo inviable el trasplante literal. Huelga recalcar que, en

esta sección, demarcaré con mayor claridad por qué esta tesis no es sobre derecho comparado, dado que, en pocas palabras, la metodología usada no se condice con ninguna metodología comparada, tanto estructuralista como funcionalista.

En el capítulo 3, revisaré cómo es posible adaptar los postulados teóricos de Croley al derecho administrativo y ambiental de Chile y de Brasil. Para efectuar esa tarea, revisé normativa positiva de ambos países, con la finalidad de determinar si se verificaban los pilares fundamentales de la teoría procesal administrativa en la ley, a saber: la autonomía del órgano y la participación ciudadana. Dicha revisión comenzará con las normativas más generales de procedimiento administrativo y sus antecedentes doctrinales, para luego dar paso al estudio los principios de derecho administrativo, y, más tarde, al estudio la configuración orgánica de las órganos autárquicos y descentralizados, para después revisar cómo están ideados y normados los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, cómo ocurre la participación en ellos, y cómo son impugnables ante los tribunales de justicia. En esta revisión, anticiparé que la autonomía del órgano, ciertamente, es verificable con algunas limitaciones en el concepto de autarquía administrativa y de órgano descentralizado, y que los diversos procedimientos permiten la participación a propósito de los conceptos interesado en el procedimiento administrativo, y de parte en los juicios contenciosos administrativos.

En el capítulo 4, realizaré el estudio de tres casos, no sin antes efectuar una revisión de ciertas consideraciones previas. Estas versan sobre el análisis de actores, herramienta que ha sido tomada en préstamo de los estudios de políticas públicas, el cual ayudará a entender mejor el desarrollo de los casos, más allá del análisis jurídico formal de los interesados y las partes en juicio. La segunda consideración previa, es cómo la teoría procesal administrativa abarca más allá de la mera tramitación del procedimiento administrativo, incluyendo también el juicio contencioso-administrativo, en el sentido de que la litigación también es parte de la participación de los grupos coordinados, actuando estratégicamente en contraposición a los grupos de interés especial. Como tercera consideración previa, se perfilan los requisitos que debe tener un caso para ser considerado como un conflicto ambiental. A continuación, estudiaré los casos de “El Morro”, “HidroAysén” en Chile, y el caso “Barra Grande”, para efectos de mostrar la falibilidad de la lógica de la acción colectiva.

En las conclusiones, finalmente, se logrará demostrar la pertinencia de la hipótesis principal del texto, a saber, la falibilidad de la captura del Estado en la

evaluación de impacto ambiental. Esto se puede verificar porque los presupuestos de la teoría procesal administrativa de Croley, ya probadamente efectivos en el derecho norteamericano, son adaptables al derecho ambiental latinoamericano, y específicamente, a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Habiendo cierta evidencia para sostener estas afirmaciones.

## 2 CAPITULO 1: LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA TEORÍA PROCESAL ADMINISTRATIVA: UNA CRÍTICA A LOS GRUPOS DE INTERES ESPECIAL EN LA LÓGICA DE LA ACCIÓN COLECTIVA

*“...The real world is the playing ground for each and every group, to make or unmake laws. But the tip of the nose of my book or stories or poems is where their rights end and my territorial imperatives begin, run and rule...”*

Ray Bradbury  
Prefacio, Fahrenheit 451  
1979

### 2.1 Presentación

En este primer capítulo, básicamente, expondré tres cosas fundamentales para el desarrollo de este texto: la primera, es el recorte temático de la tesis; la segunda, es la explicación de las teorías que serán el soporte del presente análisis, y; la tercera, entender por qué se estudiarán casos concretos sobre procesos administrativos de licenciamiento ambiental. Sobre la explicación de esas tres cuestiones, confirmaré la primera hipótesis secundaria, a saber, que la teoría procesal administrativa ofrece herramientas para desmentir el actuar de los grupos de interés especial en el marco de la lógica de la acción colectiva.

Sobre los recortes temáticos, éstos son dos: el primero versará sobre el alcance de la participación ciudadana que será estudiado, siendo éste a un nivel administrativo, abarcando el acceso a la información, la formulación de observaciones, y las medidas de aplacamiento de éstas últimas. El segundo recorte recaerá sobre el entendimiento jurídico de la participación ciudadana. En este punto, he podido identificar cuatro conceptos de participación ciudadana en el derecho ambiental: el primero es un concepto procedimental formal; el segundo es uno procesal sustancial; el tercero, como un derecho político, y; el cuarto, como un principio de derecho ambiental. Mi interés y desarrollo posterior recaerá sobre el concepto procesal sustancial, sobre el cual se discute la pertinencia o no de la participación ciudadana ante la teoría de la elección

pública, la que plantea la toma de decisiones del Estado como un mercado político, en el cual diferentes actores intentan direccionar las decisiones en su beneficio a cambio de favores, maximizando sus beneficios individuales en detrimento de los beneficios colectivos.

Luego, dentro de la teoría de la elección pública, a propósito de concepto procesal sustancial de la participación ciudadana, revisaré el actuar de los grupos de interés especial en el marco de la lógica de la acción colectiva de Mancur Olson. Según esta explicación, los grupos se organizan no por tener un interés común, sino porque sus integrantes, individualmente considerados, procuran un beneficio personal que les permite organizarse. En ese orden de cosas, los grupos con menores integrantes, llamados grupos pequeños, tienen menores costos para disciplinarse. Luego, los grupos pequeños con poder empresarial, actuando como grupos de interés especial, *i.e.*, contrarios al interés público, ejercerán mecanismos de captura del Estado, en un supuesto mercado de la toma de decisión.

Luego de haber explicado el actuar de los grupos de interés especial en el marco de la lógica de acción colectiva, revisaré rápidamente las críticas que se le pueden hacer a este abordaje. Éstas, de manera general, son dos: la primera, es la falta de evidencia para sostener los postulados de la lógica de la acción colectiva; la segunda, es que es negligente para tratar al derecho, en cuanto ciencia social aplicada, desde una explicación económica de la política. Para superar la primera crítica, es menester un estudio de casos, cuestión que será abordada en el cuarto capítulo de esta tesis. Para superar el segundo problema, es posible recurrir a algunos elementos del análisis económico del derecho para crear puentes teóricos con la lógica de la acción colectiva.

Teniendo una explicación satisfactoria de la lógica de la acción colectiva, explicaré en qué consiste la teoría procesal administrativa de Steven P. Croley. Básicamente, en contraste con el actuar capturador de los grupos de interés especial en el marco de la lógica de la acción colectiva, puede ocurrir que otros grupos, supuestamente con altos costos de organización, se articulen para contrarrestar a los intereses especiales. Ello tiene lugar en los procesos administrativos de creación de regulaciones, siempre que la agencia reguladora tenga algún grado de autonomía para recoger la participación ciudadana, procurando un mayor bienestar social que el que sería obtenido si los grupos de interés especial capturaren a la agencia.

Explicada la teoría procesal administrativa de Croley, procederé a formular algunas limitaciones y a superarlas. La primera, es que la teoría procesal administrativa

no aborda de forma adecuada la captura por la vía de información, esto es, que los grupos de interés especial estarían en mejor posición para generar y procesar información que el Estado y que otros interesados. Particularmente, no abordaré mayormente este tipo de captura en la presente tesis, sin perjuicio de reconocerle a la Administración del Estado un rol contralor de la información, creando filtros para evitar exceso de información redundante, lo que, a la postre, morigeraría al menos este tipo de captura.

Otro grupo de limitaciones apuntan a aspectos desprolijos de la teoría procesal administrativa. Éstos recaen sobre su falta de un posicionamiento valorativo claro, algunas cuestiones sobre falta de distinción entre teorías políticas y regulación, y también sobre su posicionamiento frente a la actual discusión entre minimalismo y experimentalismo en el derecho administrativo. En general, estas críticas pueden ser entendidas en el contexto neorrealista del derecho estadounidense, entendiendo que Croley más que centrarse en disquisiciones teóricas, se preocupa que sus ideas sean funcionales. Con todo, en esta sección pretendo refinar, siquiera parcialmente, sus afirmaciones desde el plano teórico.

La última limitación que se le puede hacer a la teoría procesal administrativa es su doble particularismo: es específica al derecho estadounidense, y especializada respecto de los procesos de creación de regulaciones. Más allá de esa realidad jurídica y de ese procedimiento, Croley no se pronuncia de forma alguna. Como superación de éstas, es posible realizar un ejercicio de recepción de su teoría, vía adaptación, a sistemas jurídicos diferentes, cuestión que será abordada en el capítulo 2. Sobre su aplicación al estudio concreto de otro tipo de procedimientos, particularmente los de licenciamiento ambiental, será abordado en el capítulo 3, en el estudio concreto de casos.

Para terminar este capítulo, realizaré una breve exposición de las ideas contenidas en él, preparando así el abordaje del capítulo siguiente sobre recepción de la teoría procesal administrativa vía adaptación.

## 2.2 Dos recortes temáticos: concepto y alcance de la participación ciudadana

Es común que se hable de la participación ciudadana desde muchas perspectivas, estando acostumbrados desde antiguo al sufragio, al que podríamos denominar como forma más tradicional, desarrollada en el seno del constitucionalismo,

en virtud de un *status* activo de los derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado (JELLINEK, 1912, p. 151). Además, la participación en la realización de la política y de la administración del Estado aleja el paternalismo que el Estado puede llegar a ejercer sobre los ciudadanos para estos efectos. (HABERMAS, 2005, p. 494) La participación del ciudadano se expresa por antonomasia, en las democracias representativas, con la elección de las autoridades, siendo el sufragio universal una de las grandes conquistas sociales internacionalmente legitimadas (THOMAS, 1992, p. 50-51).

Con todo, el sufragio, como típica forma de participación política en las democracias representativas, ha sido paulatinamente acompañado de nuevas y diferentes maneras en las que la participación ciudadana se manifiesta más allá de la elección de los gobernantes. Los ciudadanos, paulatinamente, han comenzado a participar de manera más o menos directa, dependiendo del caso, en la política y administración del Estado.

En el caso particular de la participación ciudadana en la administración del Estado, nos enfrentamos a la superación de una burocracia weberiana, vertical, centralizada, en la que los ciudadanos obedecían irrestrictamente a la autoridad estatal. (OFFE, 1984)

Dicho de otro modo, la administración del Estado sufrió un proceso similar al que sufrió el arte en la posmodernidad. Antes, el arte era observado por el espectador, siendo la obra una imposición estética que debía ser valorada por la gente. Hoy en día, los artistas acostumbran a utilizar el concepto de instalación, en el cual los espectadores interactúan con la obra, incluso siendo parte de esta; así, la creación artística deja de ser una imposición para ser una realización conjunta del artista con el espectador. En la participación ciudadana en la administración ocurre algo similar, pues el administrado comienza a tener un rol activo en el proceso de creación de actos administrativos.

Particularmente, en el contexto del cuidado jurídico del entorno, esta reconfiguración de la administración se explica desde la primacía de los intereses colectivos como un carácter propio del derecho ambiental, (MARTÍN MATEO, 1977, p. 87-88) lo que permite repensar un concepto puramente individual de interesado. Esto también se explica por la visión holística y sistémica del medio ambiente, que genera transformaciones en el curso de los esquemas administrativos para el tratamiento de los problemas ambientales, incorporando elementos importantes de descentralización y participación. (BRAÑES, 2000, p. 49)

Frente a este escenario, deseo aclarar los dos primeros recortes sobre lo que será entendido como participación ciudadana en el presente texto. El primer recorte es sobre la llamada Escala de Arnstein, para efectos de determinar su alcance. El segundo, es sobre un concepto procesal formal de la participación ciudadana. A continuación, revisaremos el primer recorte.

### 2.2.1 Primer recorte: alcance de la participación ciudadana

Desde un intento de categorizar la participación administrativa, y a la vez para diferenciarla de la participación política,<sup>1</sup> podemos recurrir a la ya clásica Escala de Arnstein, que categoriza la participación en ocho niveles, siendo estos, ascendientemente: la negación de la participación, la terapia o participación intervenida, el acceso a la información, la consulta ciudadana, el aplacamiento, la decisión conjunta, la delegación, y finalmente el ejercicio directo del poder ciudadano. (ARNSTEIN, 1969, p. 217-218)<sup>2</sup>

De estas ocho categorías, verdaderos peldaños de la escala, podemos definir tres subconjuntos, a manera de correlato político-jurídico. El primero, integrado por la negación de la participación y la terapia, son la imposibilidad de participación administrativa y política. (ARNSTEIN, 1969, p. 218-223) En estos casos, cabe adicionar que la participación, mediante herramientas o mecanismos direccionados previamente, pueden permitir o forzar un resultado que favorezca a las intenciones del gobierno o la administración. (BOYNTON, 1972, p. 47)

El segundo subconjunto, compuesto por el acceso a la información, la consulta ciudadana y el aplacamiento, son la negación de la participación política, pero

---

<sup>1</sup> Al menos en la legislación de Chile, la diferencia entre gobierno y administración deviene de la Ley General de Bases de la Administración del Estado, más específicamente, de los artículos 22 y 28. El artículo 22 se refiere a los ministerios como “**órganos superiores** de colaboración del Presidente de la República en las funciones de **gobierno y administración** de sus respectivos sectores”, mientras que el artículo 28 se refiere a los servicios como “**órganos administrativos** encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar.” Así, podemos entender que la labor política, de gobierno, recae privativamente en los ministerios.

<sup>2</sup> La Escala de Arnstein ha sido objeto críticas. Podemos resumir ellas en que nada ni nadie garantiza que la participación ciudadana sea utilizada por la ciudadanía. (MAIER, 2001, p. 709) También, que ella siempre presupone que los conflictos sociales en la evaluación de proyectos ocurren entre el Estado y los interesados, pudiendo haber hipótesis de conflicto dentro del mismo Estado, o entre los diferentes interesados. (KLÖEPFER, 2012, p. 25) Es relevante tener presente estas críticas, sin perjuicio que no sean atingentes al presente texto, pues lo que nos interesa en este punto, más que perfilar conflictos (cuestión que se hará más adelante), es diferenciar los niveles de gobierno y administración según las posibilidades de participación.

permitiendo la participación administrativa. Finalmente, la decisión conjunta, la delegación y el ejercicio directo del poder, por parte de la ciudadanía, son una expresión de participación directa tanto administrativa como política. (ARNSTEIN, 1969, p. 218-223) Especialmente, este último subconjunto, es también la manifestación de formas de democracia participativa en el marco de las democracias representativas. (LIBEDINSKY TSCHORNE e MUÑOZ SILVA, 1966, p. 42; PEREZ, 2004, p. 90)

En ese mismo orden de cosas, es posible también distinguir a la participación popular de la participación ciudadana. La primera está referida a una participación de clases populares, haciendo valer sus intereses difusos, en oposición a las clases privilegiadas. En cambio, la participación ciudadana está referida a los interesados, quienes hacen valer sus intereses en procedimientos reglados, en oposición a la Administración. (PEREZ, 2004, p. 90-91)

La participación a la que nos enfocaremos en esta tesis responde a la participación en el contexto administrativo. No será interés del presente trabajo los esfuerzos realizados para abordar la participación política directa, más allá del sufragio,<sup>3</sup> ni la negación de la participación. Por el contrario, si será de sumo interés el acceso a la información, la consulta ciudadana, y el llamado aplacamiento.

Entendiendo cuales son los peldaños dentro de los cuales estudiaremos la participación ciudadana ambiental, luego cabe preguntarnos qué entenderemos por participación ciudadana dentro de ellos. A continuación, pretendo esbozar cuatro conceptos posibles de participación ciudadana, señalando que el que nos acompañará principalmente en el resto de esta empresa será al que denominaré procesal sustancial.

### 2.2.2 Segundo recorte: en relación con los cuatro conceptos de participación ciudadana

Como segundo ámbito acotado de estudio de la presente tesis, debemos tener presente cuatro conceptos posibles de participación ciudadana en el derecho. A saber, el primero es entenderla como un acto formal integrado en un procedimiento, en el sentido expuesto en el derecho procesal administrativo. El segundo, como un elemento de fondo, deseable o no, de los procesos administrativos ambientales, según lo expuesto en la teoría regulatoria. El tercero, como un derecho político, desde la óptica de los

---

<sup>3</sup> Véase, para esos efectos: (SOTO BARRIENTOS, 2013, p. 17-40)

derechos humanos. Y, el cuarto, como un principio propio del derecho ambiental. A continuación, voy a revisar cada uno.

### 2.2.2.1 *Sentido procedimental formal*

En un sentido formal clásico, la participación ciudadana responde a dos ideas centrales básicas: la primera, a que es un acto jurídico administrativo de trámite, dentro de un elenco ordenado de actos, cuya finalidad es la creación de un acto administrativo. La segunda idea a la que responde es que la participación, en la medida que genera oposición con otras pretensiones germinales, puede derivar en una dialéctica jurídica que genera incertidumbre sobre el contenido final del acto administrativo, e incluso más allá, sobre la litigación sobre el mismo en un juicio contencioso administrativo.

En cuanto al concepto procesal administrativo formal, se refiere a uno de varios trámites, ordenados en un procedimiento, (GIOVENDA, 2009, p. 93) siendo imperativo para la Administración realizarlo por mandato legal. (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 53) Así, la participación es un acto que se condice con el derecho a ser oído, (WADE, 1993, p. 496-497; GARRIDO FALLA, 1970, p. 521-522) dentro de la oportunidad correspondiente, en un *iter* formal determinado, cuya finalidad es la dictación de un acto administrativo, (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 457-458; GORDILLO, 2003, p. IX-18) siendo así una finalidad lícita pero anormal a los procesos judiciales. (GUASP, 1968, p. 27-28) En caso de vulnerarse esta formalidad, el interesado cuenta con las vías de derecho para la impugnación de acto que ha desconocido su participación, siendo estas vías el recurso formal, la justicia administrativa, y la competencia de los tribunales civiles en materia administrativa. (MAYER, 1949, p. 201)

En concreto, la participación ciudadana, desde esta perspectiva formal, se justifica en el derecho a defensa en el proceso administrativo, que a su vez justifica el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba de descargo. (GORDILLO, 1971, p. 81-84) También se justifica en el derecho a tener contradictorio en el proceso administrativo. (GORDILLO, 1971, p. 87)

Con todo, y si bien los autores señalados entienden este cariz formal de la participación ciudadana, no es posible negar que más allá de una cuestión de justicia, la participación mejora el conocimiento de los hechos por parte de la administración, ayudando a tomar una mejor decisión, (GORDILLO, 1971, p. 76-77) y también es importante como un elemento de aprobación de los gobernados al Estado.

(GORDILLO, 1971, p. 80) Sin perjuicio de ello, los autores circunscritos a este concepto formal no profundizan mayormente en estas ideas de información y aprobación, ciñéndose a los estudios formales del procedimiento administrativo. Esto puede explicarse, ciertamente, porque todos los estatutos de participación son procedimentales, siendo inexistente la posibilidad de diferenciar o distinguir algún tipo de mecanismo que no lo sea. (PEREZ, 2004, p. 122)

La preocupación formal sobre el proceso administrativo, durante la primera mitad del siglo XX, puede verse coincidente tanto en el derecho brasileño, chileno y norteamericano. Particularmente, es relevante el caso de los Estados Unidos pues, en su seno, surgieron aplicaciones de la teoría de la elección pública y de la teoría procesal administrativa, y que son parte importante de la discusión de esta tesis. Así, en dicho país, el proceso administrativo es objeto de análisis desde la dictación de la *Administrative Procedure Act* de 1949, (SCHWARTZ, 1949, p. 519) siendo particularmente relevantes los estudios formales sobre procesos administrativos de formulación de regulaciones. (SCHWARTZ, 1954, p. 1259-1264) También cabe agregar sobre este punto que, al menos hasta entrados los años ochenta del siglo pasado, la principal preocupación doctrinal del derecho administrativo estadounidense era el control de la discrecionalidad ejercido por la Administración del Estado. (SUNSTEIN, 1991, p. 608)

En el derecho chileno y en el derecho brasileño, la preocupación formal por el proceso administrativo puede explicarse desde dos cuestiones. La primera, es que ambos derechos se nutren de la teoría procesal general desarrollada por la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX, la cual da relevancia a las formas jurídicas propias, en diferentes esfuerzos de crear una teoría general del proceso.<sup>4</sup> Así, al ser una teoría general, buena parte de estas ideas se aplicarían al proceso administrativo, en cuanto se le reconociera como diferente en sus finalidades, ya que su *telos* es la creación de un acto administrativo, y no la resolución de un conflicto de relevancia jurídica, en el orden temporal, teniendo en consideración general el mantenimiento de la paz social. Así, no se debe desatender la diferencia entre proceso administrativo y juicio, sin perjuicio de esas similitudes. (GORDILLO, 2003, p. IX-5)

---

<sup>4</sup> Esto se refleja en las importantes traducciones del italiano al español hechas por de Santiago Sentís Melendo (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 484) o en la influencia que ejerció el procesalista Enrico Tulio Liebman en la academia brasileña. (BUZAID, 1977, p. 152)

La segunda cuestión que explica la coincidencia en las preocupaciones formales, tanto en Chile como en Brasil, es la creación reciente de leyes de proceso administrativo, que visan preocupaciones formales especiales del mismo, más allá de las formulaciones generales de la recepción de las teorías procesales italianas. En Brasil, esta ley es la N.º 9.784 de 1999 que regula el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal, y en el caso de Chile es la ley N.º 19.880 de 2003 establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

De la lectura de éstas, la impugnación puede ser causada por la vulneración de ritualidades que garantizan la participación. Así, en el caso de ley N.º 9784 de 1999 de Brasil a propósito de la motivación.<sup>5</sup> En el caso de Chile, se establecen como impugnaciones los recursos de reposición y jerárquico de los actos administrativos terminales,<sup>6</sup> además del recurso extraordinario de revisión que se contempla para cuatro causales formales explícitas.<sup>7</sup>

Tanto en las normativas de Chile como de Brasil, se contempla la participación desde el concepto de interesado, que, comparativamente a los procesos judiciales, sería equivalente al de legitimado.<sup>8</sup> Así, este concepto es cardinal para un entendimiento formal del proceso administrativo, pues éste es el que otorga una aptitud jurídica de participar en el mismo.

Es interesante observar cómo, pese a las diferencias entre los sistemas jurídicos, existe una preocupación en la visión formal del proceso administrativo. Con todo, es posible advertir que, en el caso de los Estados Unidos, esta preocupación es anterior al

---

<sup>5</sup> Según el artículo 50 de la mencionada ley, los actos administrativos deberán ser motivados, con indicación de los hechos y de los fundamentos jurídicos, cuando: I.- nieguen, limiten o afecten derechos e intereses; II.- Impongan o aumenten deberes, cargas o sanciones; III.- decidan procesos administrativos de concurso o selección pública; IV.- dispensen o declaren la inexigibilidad de un proceso de licitación; V.- decidan recursos administrativos; VI.- provengan del reexamen de oficio del acto; VII- dejen de aplicar jurisprudencia firme sobre la cuestión o discrepen de pareceres, laudos, propuestas e informes oficiales; VIII.- importen la anulación, revocación, suspensión o convalidación de un acto administrativo. Si bien puede entenderse como una regla general engañosa, pues las hipótesis señaladas abarcan una gran cantidad posible de actos administrativos, es posible aseverar que todas ellas son hipótesis que, eventualmente, tienen la aptitud de perjudicar a un interesado. En caso de que los actos administrativos beneficien, o mantengan la situación jurídica de un administrado, la motivación podría dispensarse.

<sup>6</sup> En el artículo 59, estos recursos tienen como único requisito formal su interposición dentro del plazo de cinco días.

<sup>7</sup> En el artículo 60, estas cuatro hipótesis son: a).- que la resolución se haya dictado sin el debido emplazamiento; b).- error de hecho o nuevos hechos sobrevinientes; c).- que por sentencia judicial ejecutoriada se haya declarado que el acto fue dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta; d).- Que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

<sup>8</sup> En Brasil, artículo 9º de la ley 9784/1999. En Chile, artículo 21 de la ley 19.880/2003.

caso de Brasil y de Chile dada la mayor antigüedad de la ley norteamericana.<sup>9</sup> Aún más, la teoría pluralista, desarrollada por científicos políticos estadounidenses, comenzó a preguntarse cuestiones sobre la participación ciudadana y el comportamiento de los grupos. En ese contexto, y a resumidas cuentas, dicha teoría propone que diferentes grupos sociales, ya fueren organizados o con potencial organizarse, (JORDAN, 2000) discuten, dentro de los marcos institucionales pertinentes, las diferentes opciones políticas a ser adoptadas por el Estado, generando una competencia de ideas entre ellos, en la que el gobierno y la administración terminan adoptado las mejores ideas de dicha competición. (DAHL, 1961, p. 223-228; DAHL, 1989, p. 181-185; DAHL, 2006, p. 63-84). Así, los estudiosos norteamericanos desarrollaron, desde la ciencia política, una visión del tema que repercutió en el derecho, justificando la apertura de las decisiones a los diversos interesados, lo que, ciertamente, también fue denotado por los estudios jurisprudenciales, al señalar las consecuencias políticas de las decisiones de los tribunales. (SHAPIRO, 1963, p. 294-296; SHAPIRO, 1995, p. 57-59) Ese debate entre apertura o cierre de la toma de decisiones es capital para el concepto procesal sustantivo de la participación ciudadana en el derecho, y será presentado a continuación, como el sentido procesal sustancial de la participación ciudadana.

#### 2.2.2.2 Sentido procesal sustancial.

La discusión, surgida en el mundo académico estadounidense, sobre cómo se superó el mero análisis formal de la participación ciudadana, deviene de las repercusiones jurídicas de la teoría pluralista y las críticas que recibe desde la teoría de la elección pública.

La teoría de la elección pública niega que las decisiones políticas y administrativas sean fruto de la interacción de diferentes grupos, en una verdadera competencia, permaneciendo el Estado frente a ellos como un sujeto imparcial, decidiendo en favor del grupo que logre explicar y fundamentar mejor sus expectativas políticas, dentro de los marcos legales e institucionales. Por el contrario, aplica un verdadero actuar económico de los sujetos, en búsqueda de una maximización individual de beneficios, lo que contraría ello. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 39)

---

<sup>9</sup> Cabe recordar que la *Administrative Procedure Act* está vigente en Estados Unidos desde 1949, aproximadamente cincuenta años antes que la ley de proceso administrativo de Brasil.

Para efectos del presente texto, y a manera de resumen, podemos referir tres características fundamentales de la elección pública (y que, ciertamente, surgen como oposición al comportamiento de grupos propuesto por el pluralismo). Estas tres son respecto de sus presupuestos basados en la elección racional de políticos y administradores, la finalidad de los involucrados que es maximizar sus beneficios, y a la unidad de análisis que es el individuo, y no el colectivo o grupo.

Sobre los presupuestos, la teoría de la elección pública realiza una simplificación en la que determina que los funcionarios del Estado actúan como agentes económicos, es decir, que actúan debido a su interés individual, de manera parcial, procurando maximizar sus beneficios personales, sin importarle la competición política entre diferentes grupos. (STIGLER, 1971, p. 3; MASHAW, 1991, p. 33) De esta forma, se crea un verdadero mercado de la toma de decisiones, en la cual un determinado grupo o interesado será favorecido por el agente decisorio, en desmedro de los otros grupos o interesados compitiendo por favores en ese mercado. (BUCHANAN e TULLOCK, 1990, p. 131-191; MASHAW, 1991, p. 21)

Además de justificarse la elección pública, como una revisión del comportamiento económico de los funcionarios del Estado, hay una segunda característica: los diferentes agentes tienen un propósito definido y claro en ese mercado, el cual es maximizar sus beneficios, aún en desmedro del interés público, negando así, *prima facie*, el valor de la discusión entre grupos, dentro de una competencia de ideas. (OLSON, 1982, p. 20-21; OLSON, 1971, p. 33-36) Así, la elección pública determina que la participación ciudadana del más fuerte deriva en una decisión previsible, lo que determinaría su éxito como teoría. (OLSON, 1982, p. 13) (OLSON, 1971, p. 160)

La tercera característica distintiva de la elección pública recae en su unidad de análisis. Ésta basa su análisis en el individuo, el cual actúa racionalmente, pretendiendo maximizar sus beneficios. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 39; GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 14-19; BUCHANAN e TULLOCK, 1990, p. 11-15) Así, estudiará comportamientos individuales agregados, y no estudiará el comportamiento del grupo como un todo.

La idea de elección pública tiene interesantes aplicaciones en diferentes ámbitos, como en la justificación de la cuota sindical obligatoria, (OLSON, 1971, p. 69) como explicación del comportamiento del electorado, (DOWNS, 1957, p. 49-50) en la explicación de la maximización de la burocracia, (NISKANEN, 1975, p. 617-618)

o en la teoría de la captura del órgano. (OLSON, 1971, p. 147-148) De esta manera, podemos colocarla como una idea influyente e interdisciplinar, surgida en la economía institucional para explicar elementos de política. Esta vocación interdisciplinar le permite que tenga influencia y críticas mediatas en diversas disciplinas de estudio. Entre ellas, el derecho.

Respecto de su influencia en el derecho, la elección pública es una justificación para la reducción del Estado, pues en la medida que los burócratas y políticos tengan menos poder, menor será el interés de que sean capturados, reduciendo el tamaño del mercado político y administrativo. (BUCHANAN e TULLOCK, 1990, p. 285-287) Dicho de otra manera, si un funcionario tiene poco o nada que ofrecer a los ciudadanos que actúan bajo intriga y malicia, no puede esperar recibir un beneficio indebido a cambio de favores. Así, consignas preconcebidas y coloquiales como “Estado pequeño pero musculoso”<sup>10</sup> o “impuesto es robo”, pueden encontrar justificación en la elección pública.

Con todo, no es pacífica la aceptación de estas teorías, tanto dentro de la economía, de la ciencia política, y también dentro del derecho. (CROLEY, 1998, p. 31; MASHAW, 1991, p. 24-25) Es más, esta tesis tiene como ambición articular una crítica jurídica a estas ideas interdisciplinares.

Entre las críticas posibles a la elección pública desde el derecho es posible establecer tres, siendo profundizadas las dos primeras a lo largo de esta tesis. La primera, en un sentido metodológico, es que el derecho no puede asegurar un resultado exacto de un proceso dado que el mandato judicial es un contrato de medios, (VIDAL OLIVARES e BRANTT ZUMARÁN, 2013, p. 415) no pudiendo satisfacer así las pretensiones metodológicas de la teoría de la elección pública. El resultado de un proceso, tanto judicial como administrativo, es incierto, sin perjuicio de la creación de modelos de predicción.<sup>11</sup> Es más, es reñido con la ética profesional de un abogado asegurar un cliente el resultado de un juicio.<sup>12</sup> Muy por el contrario, la elección pública

---

<sup>10</sup> Me refiero a esta expresión como infeliz, dado que simplifica el debate sobre el papel del Estado entre “estatistas” y “liberales”, desconsiderando discusiones jurídicas sobre el papel de los procesos administrativos, cuestión tratada latamente en esta tesis. Véase, a modo de ejemplo, el empleo de esta expresión en: (VILLALOBOS, 2017) y (NAVIA, 2006)

<sup>11</sup> En particular, la jurimetría es una rama interdisciplinar de estudios estadísticos y jurídicos, la que aplica metodología cuantitativa al estudio de los diversos procesos, buscando patrones predictivos. Para mayor información véase: (JAEGER ZABALA e FEIJÓ SILVEIRA, 2014, p. 90-94), (DE MULDER, VAN NOORTWIJK e LIA, 2010) y (LOEVINGER, 1949, p. 489-490).

<sup>12</sup> Al menos, en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile, en su artículo 12, literal a, señala “...En particular, al abogado está prohibido: prometer resultados que no dependan exclusivamente de su desempeño profesional”.

basa su consistencia y universalidad en la posibilidad de predecir el resultado de diferentes escenarios decisorios, sin una debida evidencia que la respalde,<sup>13</sup> incluso siendo deliberadamente negligente con los supuestos de hecho concretos para cada caso.

La segunda crítica, desde el derecho, es que el análisis de la elección pública descuida el estudio empírico del *iter* decisorio. La elección pública se plantea como una oposición al pluralismo, pero nunca se ha planteado a sí misma como una oposición a la concepción formal del proceso administrativo antes descrita. Es más, la ignora. (CROLEY, 2008, p. 73-74) Dicho de otra manera, mira al agente político-administrativo como un sujeto individualmente considerado, que responde automáticamente a ciertos estímulos, siempre procurando su mayor beneficio económico propio. Esto no necesariamente ocurrirá así, pues, como hemos revisado en el concepto de proceso administrativo formal, los diferentes interesados pueden contar con elementos de impugnación, los cuales pueden permitir la apertura de la discusión ante vicios de forma.

La tercera crítica, y que nos ayuda de enlace al siguiente concepto de participación ciudadana, es que la participación ciudadana en el derecho ambiental representa, más allá de la posibilidad de captura, un derecho político propio de una agenda política internacional. El acceso a la administración, para efectos de la toma de decisiones, está pensado en una dimensión de derecho humano, y no como un mercado de tomadores de decisiones. A continuación, revisaremos brevemente como ocurre ello.

### 2.2.2.3 Sentido de derecho político

En un tercer sentido, se ha entendido a la participación ciudadana como un derecho humano, y, específicamente, como un derecho político de acceso a la administración pública en igualdad de condiciones. (NEWMAN e VASAK, 1984, p. 238-239) Así, en el derecho ambiental, se mira a la participación ciudadana como elemento fundamental del proceso democrático necesario para el desarrollo sustentable, (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 1995, p. 292) y promovido por diferentes instrumentos internacionales, siendo el más conocido la declaración de Rio de 1992. (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 196-198)

---

<sup>13</sup> *Infra*, p 35.

Antes de extender esta idea, debemos atender a que la consagración del acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas, está consagrado como derecho humano en el artículo 21 de la declaración universal de derechos humanos, y en el artículo 23 de la convención americana sobre derechos humanos. En ambas cartas, se les reconoce a los derechos políticos, en general, como derechos que dan sentido a la democracia, siendo el acceso a la Administración del Estado una formulación, por lo demás, muy genérica. Si lo contrastamos con la Escala de Arnstein. ¿Basta sólo con el acceso a la información, o se puede ir más allá?

Especialmente en materia ambiental, desde la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (Declaración de Río), según el principio 10, se consagra el acceso a la información ambiental, a la participación en la toma de decisiones, a los procedimientos judiciales y administrativos, debiendo el Estado promover dicho acceso. Luego, y en el caso particular de América Latina y el Caribe, a propósito de la Conferencia de desarrollo sostenible de Naciones Unidas de Río de Janeiro de 2012 (Río +20), se comenzaron las negociaciones de un acuerdo regional sobre la implementación del principio 10, para efectos del acceso a la información, la participación y la justicia en temas ambientales, agrupando a 24 países en la negociación del tratado fruto de esas negociaciones, a saber, el Tratado de Escazú. A la fecha de entrega de este texto, el texto ha sido firmado por 16 países, entre los que se encuentra Brasil. Por su parte, Chile sorpresivamente no ha firmado el tratado, pese a que fue uno de los primeros países en participar de las negociaciones. El tratado comenzará a tener pleno vigor 90 días después de que 11 miembros hayan depositado sus respectivas ratificaciones. Con todo, a la fecha ningún país ha ratificado el tratado.<sup>14</sup>

Como es observable, la participación ciudadana en los procesos administrativos ambientales, en este concepto, es un derecho político que da sentido a la llamada democracia ambiental. Siendo un derecho político es también un derecho humano. Con todo, la formulación en la Declaración de Río, al señalar a la participación ciudadana como principio, nos lleva a una vicisitud propia del derecho ambiental: considerarla como un principio general del mismo. Esto nos lleva a revisar el cuarto concepto posible de participación ciudadana en el derecho: su sentido de principio general del derecho ambiental.

---

<sup>14</sup> Para más información, véase: (CEPAL, 2017)

#### 2.2.2.4 Principio general del derecho ambiental.

En su último y cuarto sentido, diversa literatura ha entendido a la participación ciudadana como un principio del derecho ambiental. Así, sería uno de los fundamentos estructurantes del mismo, sin que la doctrina, en general, se pregunte cuál es el rol de un principio jurídico propiamente tal, y sin detenerse a pensar en la participación ciudadana como un derecho político que garantiza, entre otras cosas, un mejor desarrollo y actuación del Estado en la protección del medio ambiente. (ARANDA ORTEGA, 2013, p. 74-83)

La participación ciudadana, desde la teoría del derecho ambiental, ha sido reconocido como un principio por múltiples autores, señalando que no es posible enfrentar los problemas ambientales solamente desde la actuación del Estado. (KLÖEPFER, 2012, p. 26; GRANZIERA, 2009, p. 58; LEITE SAMPAIO, WOLD e NARDY, 2003, p. 76; ALENZA GARCÍA, 2001, p. 47; NEUMANN, 1996, p. 86)

Es posible aseverar que la participación ciudadana, al ser calificada literalmente como ‘principio’ según su formulación en la declaración de Río, ha sido sindicada como un principio general del derecho ambiental, pese a que la declaración de Río se propone como una agenda de política ambiental común a los diferentes países, debiendo ser implementada localmente, y consagrada en un instrumento internacional de derecho blando.

Con todo, si bien parece criticable la confusión entre un objetivo de política pública y un principio general del derecho, la cuestión ya es denotada hace tiempo. Dworkin, desde los albores de su obra, ya señalaba que es perfectamente plausible que una política se convierta en un principio de derecho, y que un principio jurídico se convierta en una orientación de una política. (DWORKIN, 1978, p. 22; DWORKIN, 1977, p. 43) Esto, más que efectuar un juicio de valor sobre si es deseable o indeseable, es la constatación de cómo se pueden permear los límites teóricos y prácticos entre las políticas públicas y el derecho.

En complemento, la doctrina alemana ha entendido a la participación ciudadana en el derecho ambiental como el principio de cooperación, el cual forma parte de la tríada de los principios acuñados por el derecho ambiental alemán. Según el principio de cooperación, los ciudadanos deben cooperar con el Estado en el cumplimiento de las obligaciones ambientales. (KLÖEPFER, 2012, p. 26; NEUMANN, 1996, p. 86)

En otro sentido la doctrina en general del derecho ambiental ha entendido a la participación ciudadana como un principio jurídico, (LEITE SAMPAIO, WOLD e

NARDY, 2003, p. 76; ALENZA GARCÍA, 2001, p. 47) por causa de ser un trasvasije entre un objetivo de una agenda política común y un principio de derecho propio de una subdisciplina jurídica.

Luego de entender estos conceptos, surge la pregunta natural y obvia acerca de cuál es el entendimiento correcto. ¿Un entendimiento es superior a los otros? ¿Son equivalentes? ¿Será menester de la doctrina definir cuál es el más apropiado? En la próxima sección aventuraremos que no hay un concepto superior a otro, y que, pese a haber surgido sucesivamente, todos ellos conviven en el mismo horizonte temporal.

#### 2.2.2.5 La relación entre estos cuatro conceptos: diacronismo y sincronismo

Todo intérprete debe enfrentar, en caso de vaguedad de un concepto, aquella definición que sea la más apropiada para resolver un caso concreto. (ENDICOTT, 2003, p. 182; ENDICOTT, 2003, p. 74-75) Desde una perspectiva literal, y casi inocente, podríamos aceptar que los conceptos jurídicos son unívocos, y que no admiten dobles interpretaciones. La realidad, sin embargo, nos demuestra que no es así.

Los conceptos jurídicos llegan a detentar varios significados conforme pasa el tiempo. Cada época le brinda a cada concepto un nuevo significado, pudiendo ampliarse o reducirse. Luego, en el horizonte temporal hodierno, todos los significados se reúnen, viven juntos, y, dentro de ellos, el intérprete debe escoger uno de acuerdo con el problema jurídico que desee solucionar. Incluso más, sucesivamente diferentes operadores jurídicos pueden ayudar a desarrollar interpretaciones colaborativas. (DWORKIN, 2011, p. 136)

Así, los conceptos tienen una aparición diacrónica, esto es, a lo largo del tiempo, y conviven sincrónicamente, es decir, al mismo tiempo. (RICOEUR, 2008, p. 66-67; DE SAUSSURE, 1945, p. 120-122, 159-163) Ello ocurre con los cuatro conceptos de participación ciudadana, pues, sucesivamente, van surgiendo desde el concepto formal, el sustancial, el de derecho político y el de principio de derecho ambiental.

En un primer orden de cosas, el entendimiento meramente formal comienza a ser cuestionado sobre su pertinencia ¿Debe ser implementado en un sentido amplio, o restringido? Ahí, el surgimiento de la elección pública hace una crítica, llamando a reducir la participación ciudadana, al paso que, durante el surgimiento de la cuestión ambiental en el derecho internacional, la participación se muestra como un derecho político, cuestión especialmente sensible en el derecho ambiental. Por último, la

participación ciudadana ambiental se contempla como un principio político dentro de esa agenda internacional, y se trasvasija como un principio jurídico en la teoría del derecho ambiental.

Considerando esas diferencias, no cabe señalar que un concepto es superior a otro, sino que deben utilizarse adecuadamente de acuerdo con el contexto en el cual hablamos de la participación ciudadana.

Entendidos los cuatro conceptos, el presente texto desarrollará principalmente, a manera de delimitación temática, el segundo concepto de participación ciudadana, esto es, el procesal sustantivo. Esto, sin perjuicio de revisar, cuando sea necesario, los otros conceptos en la medida que nos ayuden a articular un mejor entendimiento procesal sustantivo.

Más específicamente, deseo efectuar una crítica a la explicación que la elección pública hace del comportamiento de grupos de interés especial en la toma de decisiones administrativas ambientales. Para poder comenzar a perfilar alguna crítica, en la próxima sección, pretendo exponer la llamada lógica de la acción colectiva, que es un abordaje desarrollado dentro de la teoría de la elección pública, y que explica el actuar de los grupos de personas, y, aún más específicamente, ofrece explicaciones sobre como grupos de interés especial capturan a los órganos administrativos. Es menester hacer esto por dos razones: la primera, servir de pequeña introducción a quienes no estén familiarizados con esta teoría; la segunda, intentar completar y mejorar la exposición original, de modo de hacer una crítica más completa en el devenir de esta obra.

Entonces, revisemos brevemente a continuación en qué consiste la lógica de la acción colectiva, y cómo explica el comportamiento de los grupos de interés especial en la captura de los órganos de la administración del Estado.

### 2.3 La lógica de la acción colectiva como una manifestación especial de la teoría de la elección pública y su influencia en el derecho

Dentro de los aportes de la teoría de la elección pública, encontramos la llamada lógica de la acción colectiva, creada por Mancur Olson. Esta influyente idea es parte importante del aporte de la teoría de la elección pública al entendimiento de varios conceptos, tales como el de *free rider* o polizón,<sup>15</sup> grupo de interés especial y captura

---

<sup>15</sup> Si bien en la literatura está ampliamente difundido el término *free rider*, en este texto preferiré la expresión polizón, que sería su traducción más aproximada.

del Estado. También, cabe destacar la contribución hecha por esta idea para explicar la gestión de bienes comunes únicamente desde la estatización o privatización, (WADE, 1987, p. 101-103) en consonancia con la llamada tragedia de los bienes comunes. (HARDIN, 1984) Si bien esta aplicación ha sido ampliamente criticada, (OSTROM, 2002; OSTROM, 1990) al menos fue germinal para el debate de la gestión de bienes comunes y es ampliamente difundida en los estudios legales en los Estados Unidos. (ROSE, 2011, p. 28-31)

Quienes están familiarizados con esta literatura, ya podrán recordar esos aportes sin mayor esfuerzo. Sin embargo, quienes no lo están, se preguntarán cómo la idea capital de que un individuo racional, que actúa en un auténtico mercado de la decisión política, puede llegar a sentar las bases de dicha lógica. Incluso, a modo de provocación y más allá de las paredes de una facultad de derecho... ¿Quién no ha oído aseveraciones políticas, quizá rayando en lo coloquial, sobre la captura del Estado? Bueno, esta sección de está destinada para presentar brevemente las ideas de Olson.

Dicho esto, si el lector ya se encuentra familiarizado con estas lecturas, puede perfectamente pasar a la próxima sección del texto, dado que es altamente posible que lo siguiente no le aporte novedad alguna.

### 2.3.1 Breve explicación de las ideas de Mancur Olson

Mancur Olson escribe la lógica de la acción colectiva en el año 1965, teniendo una segunda edición aumentada en 1971. El autor en esta obra desarrolla las siguientes ideas: en primer lugar, desarrolla y explica las bases de la lógica de la acción colectiva, usando un marco teórico y conceptual propio de la economía. En segundo lugar, profundiza esa teoría explicando cómo se clasifican los grupos conforme a su tamaño. Y, en tercer lugar, realiza aplicaciones específicas de su teoría, siendo muy relevante para esta tesis la crítica a los llamados grupos de interés especial, por lo que nos detendremos en esta última.

#### 2.3.1.1 Bases de la lógica de la acción colectiva

En primer orden de cosas, la lógica de la acción colectiva surge como una respuesta a la teoría pluralista de la ciencia política, según la cual, diferentes grupos discuten, en una verdadera competición de ideas, intentando, fruto de ese debate

público, influenciar al Estado en el ejercicio del poder. Así, al igual que una carrera atlética, las mejores ideas deberían ser acogidas en el ejercicio político, mientras que las peores, o más desafortunadas, deberían ir quedando rezagadas.

Contrario a ello, la crítica de Olson empieza cuestionando un hecho que se da por asumido en el pluralismo, y que sustenta toda la base de la argumentación de sus rivales: dar por sentado que los grupos tienen una finalidad diferente a la de sus miembros individualmente considerados, y que dicha finalidad encausa el actuar de todos sus miembros. (OLSON, 1971, p. 8)

Para cuestionar dicho entendimiento, Olson explica, deductivamente, que los individuos, incluso actuando colectivamente, lo hacen en la búsqueda de su interés individual. El actuar colectivo es sólo una forma de satisfacer ese interés. Luego, tan pronto no se satisface un interés individual, no hay motivo alguno para pertenecer a ese grupo. (OLSON, 1971, p. 33-34)

Luego, su segunda crítica estriba en que malamente una teoría puede disponer el mismo comportamiento para todos los grupos, siendo que no todos los grupos son iguales. Hay grupos con diferentes contextos, objetivos y tamaños. No es lo mismo un club colchagüino<sup>16</sup> de aficionados al rock progresivo que una gran empresa transnacional desarrolladora de semillas genéticamente modificadas.

La explicación, para esas diferencias, es que cuanto menor sea el tamaño del grupo mayor será el incentivo para cooperar en éste, pues si un miembro no desea cooperar o trabajar, los demás miembros del grupo notarían esa falta de esfuerzo, y podrían compelerlo a aportar so pena de sufrir algún tipo de reprimenda, o incluso más, siendo expulsado. Por el contrario, en un grupo de gran envergadura, cada miembro tendrá mayores dificultades de saber si los otros miembros están cooperando o no, siendo muy difícil de verificar el aporte de cada uno. Igualmente, es muy difícil de privar de los beneficios del grupo a quien no cumple con sus obligaciones, pues sería difícil determinar si ha aportado lo suficiente para alcanzar la finalidad común. (OLSON, 1971, p. 35)

Así, y volviendo al ejemplo, en el club colchagüino de aficionados al rock progresivo, sería muy fácil saber si un miembro no paga sus cuotas para comprar discos y financiar las actividades comunitarias. En cambio, es bastante más difícil saber si un ciudadano de un país con más de cien millones de habitantes ha cumplido o no con sus

---

<sup>16</sup> Colchagüino es el gentilicio de la provincia de Colchagua, Chile. Esta es mi región de origen.

obligaciones tributarias... Aún más, de esta manera es muy sencillo explicar el mercado de la elusión tributaria, que no es sino un elenco de sujetos que procura pagar el mínimo (o nulo) aporte al grupo al cual pertenecen, en este caso, el Estado. Olson bautiza a aquellos que disfrutan de los beneficios del grupo sin aportar nada, o aportando muy poco, como polizones.

### 2.3.1.2 Profundizando la explicación: clasificación de grupos.

Olson asevera que un grupo será óptimo hasta que el esfuerzo marginal de cada individuo, en el desempeño común, sea equivalente a los beneficios que obtenga. Si el esfuerzo realizado es inferior a los beneficios obtenidos, principalmente por el aumento de polizones que se aprovechan del esfuerzo ajeno, cada individuo tenderá a volverse un polizón más o a abandonar el grupo, pues no le convendría de modo alguno trabajar sin una equivalente retribución.

Esta explicación deductiva, para ser llevada a la práctica por Olson, es apoyada de una formulación matemática, con la finalidad de hacerla operativa en el análisis de datos concretos. El mismo Olson reconoce que efectúa esta “matematización” de la teoría de grupos como un esfuerzo de ofrecer herramientas analíticas útiles, propias de la economía, al debate de la ciencia política. (OLSON, 1971, p. 3, 23-26)

Afirmada la lógica, Olson luego explica el comportamiento de los diferentes grupos, yendo más allá de la categorización de grupos pequeños y grupos grandes. Así, él logra delinear una taxonomía de grupos en cinco categorías.

En primer lugar, señala a los llamados grupos pequeños. Estos son aquellos que detentan un número bajo de miembros, en los cuales todos pueden percibir sus beneficios, a la vez que cada miembro es observado fácilmente por los otros en su desempeño, evitando así que existan polizones. (OLSON, 1971, p. 46)

En segundo orden, están los grupos privilegiados. En estos grupos (aún en el caso que sean pequeños) uno o pocos miembros tienen un gran incentivo para obrar en la consecución de beneficios que les son muy rentables, sin importarles la existencia de polizones en el grupo. (OLSON, 1971, p. 49-50)

Luego, en tercer lugar, son descritos los grupos intermedios. En estos grupos ningún miembro tiene un incentivo suficiente para esforzarse y proveer bienes en su propio beneficio sin perjuicio de los polizones (como en los grupos privilegiados), y tampoco ningún miembro puede notar si otro miembro colabora en la consecución de beneficios. (OLSON, 1971, p. 50)

En cuarto orden, están explicados los grupos latentes. En éstos, ningún miembro se vería significativamente afectado por la desidia de otros miembros del grupo, por lo que no tienen mayor organización. (OLSON, 1971, p. 50-51)

Finalmente, Olson describe a los grupos grandes. Estos grupos son aquellos que, siendo tan grandes y con tantos integrantes, que no podrían existir sí solos a no ser que establezcan incentivos que prevengan la aparición de polizones, pues su proliferación es muy fácil en estas agrupaciones. Además, en los grupos grandes se tendería naturalmente a que los aumentos marginales de esfuerzo de cada miembro serían equivalentemente inferiores al beneficio que obtienen. (OLSON, 1971, p. 47-48)

La importancia de la distinción entre los grupos es importante en la lógica de la acción colectiva, pues permite adoptar medidas apropiadas a cada uno para evitar proliferaciones de miembros que no colaboren, y, consecuentemente, hagan muy costoso, o derechamente inviable, el funcionamiento colectivo. (OLSON, 1971, p. 51-52)

En general, y cómo crítica a la teoría pluralista, los grupos fracasarían cuando no existe un comportamiento social conjunto y voluntario, es decir, y parafraseando la terminología jurídica mercantil, una verdadera pérdida de *afectio societatis*. En cambio, Olson determina que el fracaso estaría en la falta de adopción de medidas útiles que combatan la proliferación de polizones. En ese sentido, sería posible ofrecer incentivos económicos tanto negativos (castigos) como positivos (recompensas) a los diferentes miembros, reforzando así el comportamiento de los sujetos individualmente considerados. (OLSON, 1971, p. 60-62)

En ese orden de cosas, por ejemplo, en un grupo privilegiado o en un pequeño, los incentivos no serían tan necesarios por la existencia de refuerzos conductuales sociales, al existir la posibilidad cierta de cada individuo conocer a los otros, como el caso del club colchaguino de rock progresivo. No sería así, en cambio, en grupos latentes o en grandes, en los cuales los incentivos económicos serían necesarios para su subsistencia y conservación, como es el caso de un Estado moderno que sanciona el no pago de impuestos con multas (incentivo negativo) o favorece con descuentos a los ciudadanos que pagan anticipadamente (incentivo positivo).

Todo lo señalado sobre el comportamiento de los grupos deriva al entendimiento, aprovechamiento y preservación de los bienes públicos. Éstos nunca podrán ser plenamente usados por grupos grandes, en un nivel óptimo individual, sin los debidos incentivos para mantener el funcionamiento del grupo. Por el contrario, los

grupos pequeños tendrán una gran ventaja por tener costos de organización bajos para dicho aprovechamiento.

### 2.3.1.3 Aplicaciones concretas de la lógica de la acción colectiva

Afirmado su marco teórico, Olson luego se propone justificar la validez de su teoría aplicándola a diferentes cuestiones de orden práctico. Éstas son: la necesidad de los sindicatos de cobrar una cuota sindical obligatoria; (OLSON, 1971, p. 66-97) una crítica al análisis político de clases propuesto por el marxismo; (OLSON, 1971, p. 102-110) una crítica al análisis de grupo de las teorías corporativista y pluralista, (OLSON, 1971, p. 111-131) y; la explicación de los grupos de interés especial. (OLSON, 1971, p. 132-159)

Cabe además agregar que, fuera del libro de la lógica de la acción colectiva, Olson efectuó otras aplicaciones prácticas de la lógica de la acción colectiva en otros ámbitos, tales como la responsabilidad civil, (OLSON, 1978) el desempeño económico comparado de diferentes países con relación a la estanflación, (OLSON, 1982) y también a la explicación del desarrollo económico de países democráticos (OLSON, 1987) o el subdesarrollo de regímenes autocráticos. (OLSON, 2000)

Para efectos de nuestro texto, nos centraremos en lo que él llama la teoría los grupos de interés especial. Para Olson, estos grupos sustentan su éxito o su fracaso no debido a estar meramente alineados en orden de un interés común, sino que primero deben ser capaces de evitar que haya polizones dentro de ellos. Así, en cuanto estas organizaciones de lobby sean grupos grandes o latentes, éstas deberán a lo menos tener autoridad y capacidad coercitiva, o tener fuertes incentivos positivos para sus integrantes. (OLSON, 1971, p. 133)

Luego, señala que las organizaciones grandes o latentes pueden ejercer influencia política no porque sea su finalidad última, sino como una capacidad derivada de su organización previa, basada, justamente, en la coerción o en incentivos. Así, por ejemplo, un partido político nunca podrá ser exitoso basado puramente en los ideales u objetivos que sustenta, sino que primero debe tener capacidad de organizar y retener a sus miembros, ofreciendo beneficios individuales derivados de las victorias políticas, o si logra mantenerlos inscritos en sus filas mediante sanciones. (OLSON, 1971, p. 133-134)

Por otra parte, también explica el éxito de los gremios de la producción en su capacidad de incidir en las políticas de un país. Ello, básicamente, es porque estas

organizaciones son grupos pequeños, por lo que tienen una gran capacidad de organización. (OLSON, 1971, p. 143) Además, responden a oligopolios económicos consolidados, los cuales son defendidos colectivamente para mantener los beneficios individuales de cada uno de sus miembros. (OLSON, 1971, p. 145) Así, como sus costos de organización son bajos, y su poder económico alto, se deriva fácilmente que son grupos que tienden más fácilmente a tener influencia política.

También cabe preguntarse por los grupos que no tienen intereses económicos o políticos. ¿Puede esta teoría explicar por qué existen grupos de beneficencia, altruistas o de solidaridad? Olson asevera que no es, en principio, posible evaluar el beneficio que obtiene cada miembro de estos grupos, por no ser cuantificable económicamente. Sin embargo, los beneficios religiosos y morales también son individuales antes que grupales, por lo que la lógica de la acción colectiva también puede explicar exitosamente el porqué de su funcionamiento. (OLSON, 1971, p. 159-165) Por ejemplo, alguien perteneciente a una religión institucionalizada, más allá de su devoción altruista, encontraría algún tipo de salvación después de la muerte, siendo éste un beneficio individual.

Para Olson, todos los grupos que no se logren encasillar dentro de las categorías que el señala, están destinados a fracasar y a ser olvidados. Su falta de organización hará que no haya incentivos para permanecer en ellos, sin que sus miembros, individualmente considerados, obtengan beneficios para perseverar en su pertenencia. (OLSON, 1971, p. 165-167)

El método deductivo que usa Olson detenta la pretensión de crear, con la lógica de la acción colectiva, una teoría científica que logre explicar la totalidad del comportamiento de los grupos organizados de forma irrefutable, (OLSON, 1971, p. 160) aseverando que la fortaleza de una teoría descansa en la gran capacidad de casos que logra explicar. (OLSON, 1982, p. 13; THAGARD, 1978, p. 79) Es posible explicar las aseveraciones de Olson porque los economistas, metodológicamente, son capaces de obviar el análisis de ciertos hechos con la finalidad de simplificar la realidad, permitiéndose crear modelos con cierta capacidad predictiva. (HOOVER, 1995, p. 733; BLAUG, 1985, p. 702; FRIEDMAN, 1966, p. 14-15; ROBBIN, 1932, p. 118-119)

Recapitulando, deseo rescatar el derrotero conceptual que realiza Olson para llegar a enunciar los grupos de interés especial. Primero, Olson se adscribe a los estudios de la elección pública, que aplica, a manera de herramienta teórica, el individualismo metodológico y el razonamiento utilitario económico para explicar la

toma de decisiones políticas. Luego, dentro de esa corriente de pensamiento, crea la lógica de la acción colectiva para predecir, con las herramientas de la elección pública, el comportamiento de los grupos. A continuación, logra perfilar los grupos de interés especial como grupos pequeños o privilegiados, representantes de oligopolios, con un alto poder económico, los que logran tener gran influencia política como un poder derivado de su sólida organización. Podemos entender la relación de estos tres conceptos, del más amplio al más específico, en el siguiente esquema:

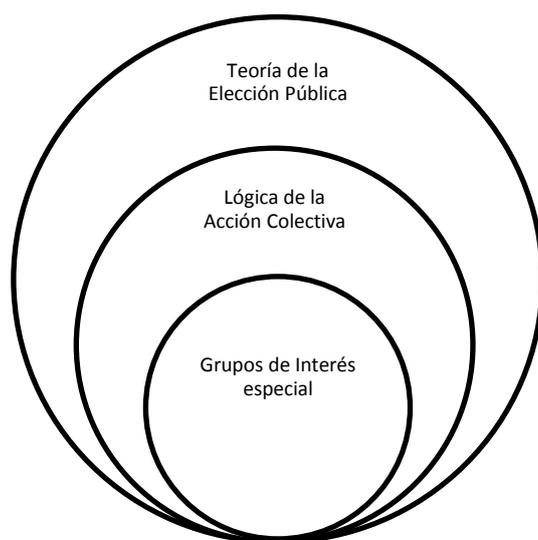


Figura 1: Relación entre elección pública, lógica de la acción colectiva y grupos de interés especial

Como entendimiento resumido de las ideas Olson, en lo que atañe al presente texto, podemos afirmar que la lógica de la acción colectiva es una explicación del actuar de los grupos desde el comportamiento individual de cada uno de sus miembros. Cada integrante, actuando como agente económico, justificará su pertenencia al grupo en la maximización de sus beneficios personales. Así, cuanto mayor sea el tamaño del grupo, menor será el incentivo de cada miembro para cooperar con el mismo, buscando la mayor cantidad de beneficios a cambio del mínimo esfuerzo posible. La reducción del esfuerzo individual se explica por la dificultad de incentivar o fiscalizar a los diferentes individuos de una organización, surgiendo así sujetos que obtienen beneficios sin una debida retribución, los que son llamados polizones.

Los polizones, se convierten así, en el mayor obstáculo para el éxito de los grupos. Para reducir el número de polizones de cada organización, se debe atender a su tamaño y a la capacidad de los demás miembros de notar la existencia de polizones para compelerlos a trabajar; así, cuando menor sea un grupo, más sencillo será evitar el surgimiento de polizones. Luego, los grupos de interés especial son asociaciones pequeñas que representan intereses gremiales, estructurados en oligarquías, y que gracias a su pequeño tamaño incurren en pocos costos de organización. El poder político que ostentan no es por causa de que esa sea su finalidad última, sino como un derivado de su gran capacidad de organización.

Las consecuencias de las ideas reseñadas parecen algo difíciles de dimensionar por la gran cantidad de campos a la que podría ser aplicada, pudiendo abarcar cuestiones tanto del derecho público como del derecho privado. Con todo, para poder dimensionar mejor la influencia de estas ideas en el derecho, revisaremos dos críticas posibles a la lógica de la acción colectiva. Luego, superando esas críticas, podremos determinar con mayor precisión cómo podemos llevar esas ideas al derecho.

### 2.3.2 Cuestionamientos a la lógica de la acción colectiva pertinentes a este texto

La teoría de la elección pública ha sido blanco de críticas, pese a su amplia difusión y respaldo académico e institucional.<sup>17</sup> Mi intención en la presente sección es recoger las que son pertinentes a la lógica de la acción colectiva, partiendo de las más generales a las más específicas.

La crítica general más general que se le puede realizar a la lógica de la acción colectiva es su metodología, basada en la elección racional de los individuos. A partir de esa idea, presentada a partir de una serie de expresiones algebraicas,<sup>18</sup> a manera de axiomas, se pretende crear una ley de comportamiento universal que, aparentemente, siempre se verifica en la realidad para expresar el actuar político. Consecuencialmente,

---

<sup>17</sup> No en vano James M. Buchanan fue galardonado con el premio nobel de economía en 1986, reconociendo sus aportes a la teoría de la elección pública. También han obtenido dicha distinción George Stigler en 1982 y Elinor Ostrom, en 2009, ambos contribuyendo al desarrollo de esta teoría, entre otros teóricos galardonados.

<sup>18</sup> Ello puede ser, por ejemplo, revisado a modo de resumen en (OLSON, 1982, p. 31-32). Adicionalmente, no podemos perder de vista que el álgebra moderna surgió con influencias de la retórica, entendida ésta última como una forma de orden lógico del pensamiento. (CIFOLETTI, 2006, p. 386-389) (CIFOLETTI, 2006, p. 420-423)

se pretende anticipar y predecir el resultado de cualquier actuación humana con consecuencias jurídicas. Como ya revisé, esa predicción es ciertamente cuestionable.<sup>19</sup>

La crítica más específica guarda relación con la insuficiencia teórica entre la aproximación de la lógica de la acción colectiva al derecho. En líneas gruesas, la teoría de la elección pública nace como explicación económica de cuestiones políticas, mas no jurídicas. Así, es difícil providenciar consecuencias legales exactas y oportunas sin que medie una aproximación jurídica de los fenómenos descritos.

A continuación, revisaré la crítica más general a la metodología. Luego, revisaré la falta de aproximación jurídica.

### 2.3.2.1 Críticas metodológicas a la lógica de la acción colectiva

Esta excesiva simplificación metodológica asume que todos los individuos, en su desempeño político, actúan racionalmente procurando la maximización de sus utilidades. Desde esta afirmación, asume que todos los sujetos se comportan igual, sin importar su biografía, historia, cultura u otro tipo de vicisitudes, sin mayores pruebas al respecto. Esto es, asume una visión universalista de la política, con poca atención en la evidencia de sus postulados, (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 2) y así, la investigación empírica se convierte en teoría más que en la resolución de problemas, diseñada para salvar o reivindicar alguna variante de la teoría de la elección racional en lugar de dar cuenta un conjunto específico de fenómenos políticos. (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 6) En ese sentido, los seguidores de la elección pública en general resuelven estas cuestiones reformulando las hipótesis de la elección racional para evadir o pretendiendo considerar elementos anómalos a sus postulados, creyendo que de esa manera han “salvado” a la teoría, cuando lo que aún falta es probar sus hipótesis en específico. (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 37-38)

Particularmente, Green y Shapiro han perfilado esos defectos metodológicos en los siguientes: la lógica de la acción colectiva recurre a **predicciones escurridizas**; las que también son **vagamente operativas**; además, usa **evidencia selectiva**, en investigaciones adecuadas sólo a la **evidencia parcial y parcial** de que la confirma. Adicionalmente, arbitrariamente **restringe del ámbito de aplicación**, y detenta una **incapacidad para explicar el actuar estratégico de los grupos**. A continuación, revisaré brevemente cada crítica.

---

<sup>19</sup> Infra, p. 18-19.

Primero que todo, la lógica de la acción colectiva se vale de **predicciones escurridizas**. En general, la teoría de la elección pública, y en particular las tesis de Olson, descansan sobre un elenco de entidades no observables, tales como preferencias, creencias, reglas de decisión, equilibrios óptimos, todo ello en un alto grado de abstracción para poder generalizar. (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 38). Luego, se crea un desfase entre la abstracción de sus presupuestos y su formulación concreta, haciendo compleja la comprobación de las hipótesis, tonándolas escurridizas. (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 38)

En este orden de cosas, la teoría formula un supuesto punto de equilibrio, cual corazón de una buena parte de los estudios de elección racional (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 41), se torna escurridizo en la medida que es difícil de observar en la realidad, habiendo en la práctica varios equilibrios posibles y observables, siendo así imposible determinar si dichos equilibrios sociales son permanente o temporales. (FIORINA e SHESPLE, 1982, p. 61-63) Por ejemplo, en la lógica de la acción colectiva, una cuestión es la determinación del tamaño de un grupo, lo que se puede calificar, *prima facie*, como abstracto. ¿Cuántos miembros tiene un grupo pequeño, o uno latente, o un privilegiado? Olson los determina según su comportamiento, pero... ¿Cómo un comportamiento grupal puede arrojaros una cifra útil de número de miembros? Podríamos, con todo, en crear una muestra según el comportamiento de los grupos y no según su número, pero ahí caeríamos en un estudio sobre los presupuestos de la teoría y no sobre sus predicciones, verificando así el abismo entre realidad y lo que se pretende anticipar.

Estas predicciones, además de escurridizas, son **vagamente operativas**: Como ya he revisado, existe un desfase entre presupuestos abstractos y como se expresan en concreto. Luego, puntos de partida abstractos, o si se quiere, generales, consecuentemente deberían entregar como producto predicciones generales, sin ofrecer resultados detallados. Sin embargo, ocurre lo contrario, existiendo en la literatura de la elección pública predicciones que son bastante concretas, pero que, dada la generalidad de los presupuestos, cuesta imaginar escenarios concretos de aplicación, haciéndolas vagamente operativas. Esto, ciertamente, deviene del asumir que la elección racional puede simplificar la toma de decisiones de las personas, para luego crear modelos operativos en torno a esa simplificación psicológica. (LEHTINEN e KUORIKOSKI, 2007, p. 117-118)

A modo de ejemplo, y volviendo a Olson, todo grupo latente o grande que no considere incentivos para evitar polizones, y así, mantener su constitución, estaría destinado a ser efímero y desaparecer. En este caso la predicción se basa en el equilibrio de mantener cada unidad marginal de beneficio como una equivalente a una unidad de esfuerzo individual, y, en caso de que sea más costoso el esfuerzo que el beneficio por causa de los polizones, el grupo se haría inoperativo hasta desaparecer. ¿Se puede demostrar que todas las organizaciones exitosas cumplen con ese equilibrio, y consecuentemente, determinar cuáles organizaciones gozan de “buena salud” y cuáles no? Esa prueba concreta, que Olson no ofrece, hace que su predicción sea operativamente vaga.

Además, la lógica de la acción colectiva se basa en **evidencia selectiva y parcial**. Las evidencias ofrecidas por los autores de la elección pública, en general, es aquella que se ajusta a las predicciones que desean justificar, siendo, de ese modo, ejemplos de sus modelos y no pruebas a las que son sometidos. (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 42) Así, revisando a Olson, él ofrece casos concretos selectos, dejando fuera un amplio espectro de otras posibilidades a estudiar. Es más, el referido autor nunca efectuó investigaciones de los que él llama de grupos olvidados, esto es, los carentes de organización. Por el contrario, podemos identificar en la obra de Ostrom un estudio completo de ellos para desmentir la tesis de Olson. (OSTROM, 1990)

Otra crítica metodológica ya anticipada, es la **proyección de evidencia desde la teoría**, es decir, se imagina un dato consistente en un actuar lógico y racional (por ejemplo, el mal tiempo deprime la participación electoral) asumiendo que este dato siempre será verificado empíricamente, sin contar con una evidencia contundente al respecto. (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 44) Así, por ejemplo, Olson asume un comportamiento egoísta e individual de los miembros del grupo, negando de plano cualquier tesis de comportamiento altruista, pese a evidencia afirmada en divulgación científica popular.<sup>20</sup>

También la lógica de la acción colectiva **restringe arbitrariamente de su ámbito** de aplicación. En general, los teóricos de la elección pública establecen ámbitos

---

<sup>20</sup> En contra de los presupuestos de Olson, y desde una perspectiva descriptiva de comportamiento general y sin pretensiones morales, es interesante la explicación del comportamiento de diferentes especies para perseverar en su procreación, basada en el denominado “gen egoísta”. Según ella, existe un interés egoísta de un individuo de preservar sus genes en las futuras generaciones, genes que también son compartidos por otros miembros de su especie. Entonces, es posible verificar actos altruistas en algunas especies, incluso suicidas, que permiten vivir a sus congéneres, preservando así los genes que comparte con ellos. (DAWKINS, 1989, p. 88-108)

arbitrarios para la demostración de sus postulados, prefiriendo aquellos recortes que favorecen de antemano a sus postulados, descartando aquella experiencia que arroje resultados en contra. Dicho de otro modo, hay una diferencia entre especificación del ámbito relevante por adelantado, debido a condiciones limitantes, y especificar como el dominio relevante de la investigación sólo aquellos ámbitos en los que la teoría parece funcionar. (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 45) Si ejemplificamos ello con Olson, aún el pudiendo explicar detalladamente, incluso con toda la evidencia adicional posible, el lobby de los gremios de la producción en su calidad de grupos de interés especial como un ámbito relevante en el que sus predicciones podrían funcionar, la lógica de la acción colectiva restringe su ámbito para el explicar el comportamiento electoral del “llamado voto protesta”, pues en él los individuos concurrirían a una actividad que no les reporta beneficio personal alguno.<sup>21</sup>

Terminando esta revisión de críticas metodológicas de orden general, la lógica de la acción colectiva es **incapaz de explicar el comportamiento estratégico** de grupos en los que no hay beneficios tangibles e inmediatos. Es decir, se ve incapacitada para explicar el funcionamiento de ciertos grupos que operan sin que sus miembros, individualmente considerados, obtengan algo a cambio, y sin que les importen los polizones dentro de ellos. ¿Cómo explicar el activismo ambiental, o incluso el funcionamiento del Ku Klux Klan? La respuesta no está en el estudio del comportamiento individual bajo los supuestos de la acción racional, sino en el comportamiento estratégico desarrollado por un grupo para alcanzar sus fines. (GREEN e SHAPIRO, 1994, p. 77) Es ahí donde la investigación empírica debería prestar atención para efectos de cuestionar la lógica de la acción colectiva.

A modo de resumen de estas críticas, podemos señalar que las objeciones generales a la acción colectiva acá abordadas responden a tres aspectos: a sus predicciones que son escurridizas y vagas; a la evidencia insuficiente y selectiva de la que se vale, y; a que no explica el comportamiento estratégico de diferentes actores que

---

<sup>21</sup> Un caso llamativo de convocatoria electoral irracional fue la victoria del luchador retirado Jesse Ventura en la elección para gobernador en el estado de Minnesota, Estados Unidos, en el año 1998. Representado un perfil atípico, fuera de las redes de los políticos profesionales, logró que el electorado lo apoyase sin mayor motivo que ser ajeno a la clase política. (BELLUCK, 1998) Situación similar puede ser constatada en Brasil con el comediante Francisco Everardo Oliveira Silva, conocido como “Tiririca”, quien fue electo diputado federal el año 2010. (GUEDES CRESPO, 2010) Adicionalmente, este fenómeno de votar por un candidato ajeno a la llamada política tradicional, por razones irracionales a los ojos de la lógica de la acción colectiva, fue denominado como “efecto Jesse Ventura” por el periodista Michael Moore, en una profética columna que anunciaba la victoria de Donald Trump en la elección presidencial de los Estados Unidos del año 2016. (MOORE, 2016)

no son motivados meramente por un beneficio individual, como es el caso del activismo.

Para solucionar esas críticas metodológicas a la lógica de la acción colectiva, desde un aporte jurídico, cabría al menos hacer una revisión de la evidencia sobre sus predicciones y sobre el comportamiento estratégicos de los grupos en contextos jurídicos, como puede ser un proceso administrativo, objeto de estudio de la presente tesis. Si bien la muestra de casos que se pretende presentar en el presente texto no es total ni mucho menos minuciosa, si puede levantar evidencia en contrario de las tesis, aparentemente irrefutables, que la lógica de la acción colectiva pretende levantar.

Por el contrario, en el presente texto no me podré hacerme cargo de la reformulación de las predicciones de Olson, de modo de tornarlas más acotadas y operativas. Eso implicaría crear baremos, metas o expectativas específicas sobre las ideas propias de dicho autor. Mi objetivo en el presente texto, como ya señalé, es otro.

Ya estando revisada esta crítica metodológica, de orden general, podemos proseguir a estudiar los problemas para relacionar los estudios de la elección pública con los estudios jurídicos.

#### 2.3.2.2 Críticas a la falta de aproximación de la lógica de la acción colectiva al derecho

La segunda crítica desarrollada a la lógica de la acción colectiva es que no efectúa una explicación inmediata o directa del derecho. Esto ocurre porque la lógica de la acción colectiva es, en estricto rigor, un ámbito de estudios interdisciplinar entre la economía y la ciencia política, y no entre la economía y el derecho. Así, Olson nunca recogió efectivamente la complejidad de las relaciones disciplinares entre derecho y economía. Sin embargo, es posible superar esta crítica tomando algunos préstamos metodológicos de las relaciones entre la economía y el derecho, más específicamente del análisis económico del derecho.

Antes que todo en esta cuestión, la proposición de adoptar un método de abordaje interdisciplinario surge como una reacción a los estudios especializados en cuestiones complejas, (MORIN, 2002, p. 69) a saber, con múltiples causales. Esto, especialmente relevante en las cuestiones ambientales, puede ser un punto bastante sensible para abordar competentemente estos asuntos. (PENA-VEGA, 2005, p. 35)

Si bien concuerdo con ese diagnóstico, tanto en esta obra como en escritos anteriores, (ARANDA ORTEGA, 2010, p. 316-318) debo proceder con mayor cautela

en esta oportunidad. Esta cautela radica en revisar, con detención y específicamente, las relaciones entre economía y derecho como crítica a la aplicación de la lógica de la acción colectiva.

El abordaje entre las relaciones del derecho y la economía puede plantearse de dos formas, dependiendo del sistema jurídico que se estudie. En los sistemas jurídicos de Estados Unidos e Inglaterra, las relaciones entre derecho y economía surgen como derivaciones aplicadas de la economía al derecho, (COASE, 1993, p. 251-253) al alero del realismo jurídico como teoría general del derecho, (FARBER, 2001, p. 302-303) ofreciendo variadas opciones metodológicas para abordar diferentes cuestiones que atañen a los estudios legales. En estos estudios, la preocupación de los teóricos es explicar el derecho como realidad a partir de herramientas metodológicas prestadas de la teoría económica. Por ejemplo, desde esta perspectiva cobran sentido el análisis económico del derecho, (DEVLIN, 2010, p. 171-173; COOTER e ULEN, 1988, p. 8-13) el nuevo desarrollismo, (MATTEI, 2013, p. 43-50) la teoría de los orígenes, (NORTH, 1991, p. 108-111) los estudios de derecho y finanzas, (PISTOR, 2013, p. 328-329) y también el análisis jurídico de la política económica. (FARO DE CASTRO, 2009, p. 61-62)

Particularmente, el derecho ambiental es muy sensible a este tipo de abordajes que relacionan el derecho y la economía, pues buena parte de los procesos administrativos estudiados por él son instrumentos de gestión ambiental, los que, a su vez, responden a justificaciones económicas. (DE MORAES, 2009, p. 165-197)

En cambio, en países pertenecientes al derecho continental, las relaciones entre derecho y economía surgieron como una especialidad disciplinar, desde el momento en que las relaciones económicas no se les consideró como relaciones justas entre sus participantes, debiendo corregirse ello bajo el alero del algún programa político, en el que el derecho económico cumple el papel del derecho de la economía ordenada. (RADBRUCH, 1999, p. 93-94) Para estos efectos, y desde una perspectiva ciertamente conservadora y estatista de la ordenación de la economía, también se ha usado la nomenclatura de derecho financiero, siendo esta la disciplina jurídica que da forma a la realización del presupuesto del Estado y de sus gastos necesarios a la consecución de sus fines, valiéndose la Administración de herramientas de la ciencia de las finanzas para ello. (REALE, 2009, p. 355) Particularmente, después de la segunda guerra mundial, dicho derecho de la economía ordenada se desarrolló al alero de las ideas desarrollistas. (FARO DE CASTRO, 2013, p. 80-89) En ese tenor, tanto en Chile como

en Brasil existió (y existe) como materia de estudio el llamado derecho económico, que se ocupa de analizar normas jurídicas que permiten el funcionamiento de la economía de un Estado.<sup>22</sup> Esto, vendría a ser, una subespecialidad del derecho administrativo, (VILLELA SOUTO, 2003, p. 3-10), con la finalidad de mantener el orden económico.

La concepción del derecho económico es más limitada que la ocurrida en el derecho estadounidense e inglés, a propósito de las relaciones entre derecho y economía. Esto, pues aquella no vendría a ser una explicación del derecho desde la teoría económica, sino una especialidad del derecho para abordar ciertos fenómenos económicos propios del Estado. Así, las relaciones multidisciplinares entre derecho y economía no ocurrirían desde un abordaje general, con la capacidad de abordar cuestiones en cualquier subdisciplina jurídica. Por el contrario, en el derecho económico sólo sería posible utilizar préstamos metodológicos de la economía, dentro de la particularidad de esta rama del derecho.

En ese contexto, la lógica de la acción colectiva, *prima facie*, no parece encajar en ninguno de los dos posibles abordajes de derecho y economía, porque, como ya se revisó, es una explicación económica de ciertos fenómenos propios de la ciencia política. De las visiones expuestas entre derecho y economía como método, en principio, la lógica de la acción colectiva, por sí sola, no encaja en ninguna de las alternativas señaladas. De la visión entre derecho y economía como especialidad jurídica, parece que tampoco podré lograr una aproximación satisfactoria, porque la lógica de la acción colectiva no es una subespecialidad jurídica.

Esta crítica metodológica, con todo, puede encontrar una solución posible. Como ya revisamos brevemente antes, existen diferentes explicaciones de las relaciones entre derecho y economía. Estas explicaciones pueden, de alguna manera, llevar los postulados de la lógica de la acción colectiva al derecho. Para esos efectos, exploraremos dos posibles respuestas: la teoría de los orígenes y el análisis económico del derecho.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Véase, a modo de ejemplo de cómo fue recogido ese entendimiento en tanto en Chile como en Brasil: (MOORE MERINO, 1962, p. 37-45; GRAU, 1981, p. 58-63)

<sup>23</sup> En esta explicación he dejado fuera las otras ideas sobre las relaciones entre derecho y economía porque no me han permitido establecer algún puente entre la lógica de la acción colectiva y el derecho. Esas razones son diversas, puntuales, y son las siguientes: 1.- He descartado la explicación del derecho y finanzas, por ser aplicable a un campo muy acotado que no es pertinente a la presente investigación. 2.- No he considerado a desarrollismo porque la presente tesis no se involucra con herramientas jurídicas de fomento, quedando fuera de lo que deseo exponer latamente. 3.- Finalmente, también he dejado fuera el análisis jurídico de la política económica porque, a diferencia de lo que sus cultores buscan, yo no deseo en el presente trabajo generar indicadores del disfrute de los derechos fundamentales.

Una primera solución, podría ser la utilización de la teoría de los orígenes para mediar entre la lógica de la acción colectiva y el derecho. Primero que todo, debemos aseverar que la teoría de los orígenes es una explicación de la economía para justificar el funcionamiento exitoso de las instituciones. Según ellos, el éxito o fracaso de un determinado país se explica desde la adopción de diferentes instituciones económicas. (KLERMAN, 2007, p. 430-434; LA PORTA, LOPEZ DE SILANES, *et al.*, 1998, p. 1151-1152; NORTH, 1991, p. 110-112) Así, existiría una serie de instituciones predeterminadas que permitirían el desarrollo de los países, y que implicarían una serie de reformas jurídicas y políticas, las cuales deberían tender a ser pro-mercado.

Esta propuesta permitiría hacer un puente entre la lógica de la acción colectiva y el derecho de la siguiente manera: primero, constatamos que el comportamiento de los grupos de interés especial es tendencioso y fomentaría la corrupción y la captura, por ser pequeños y detentar alto poder empresarial. Luego, ante esta realidad, se propone un elenco de reformas jurídicas pro mercado, con la finalidad de disminuir el tamaño del Estado. Finalmente, se procede a esas reformas garantizando un éxito del desarrollo económico. Esto devendría en una progresiva desregulación, según la propuesta de sus creadores.

Con todo, esta propuesta podemos descartarla porque es susceptible de dos críticas jurídicas. La primera, es la inconsistencia conceptual de lo que estos autores llaman de institución. Como aún siguen escribiendo desde la economía, existe una ambigüedad en el término desde la óptica del derecho, dejando una brecha enorme sobre aquello que se debe someter a reformas. Así, para estos efectos... ¿una institución es un órgano de la administración pública, un negocio jurídico relevante para la economía, un procedimiento de toma de decisiones, o un estatuto sancionador? El concepto es tan vago que permite la reforma de casi cualquier elemento normado por ley, permitiendo una agenda de reformas eventualmente veleidosa respecto de su alcance, generando una paradoja sobre la certeza jurídica necesaria para las reformas pro mercado porque no se sabría de antemano que es aquello que se debe mejorar.

La segunda crítica es respecto a sus pretensiones universalistas, pues las reformas institucionales propuestas son propias de sistemas jurídicos anglosajones. (GAROUPA e PARGENDLER, 2014, p. 48-51) Así, si esta teoría fuera cierta e irrefutable, no se podría explicar cómo países que se regulan por la tradición del derecho continental han logrado tener éxito económico.

Por el hecho de no atender particularidades, tanto especificando a las instituciones objeto de reforma como en los diferentes sistemas jurídicos, la teoría de los orígenes no parece ayudar a mediar entre la lógica de la acción colectiva y el derecho.

Otra posible mediación entre la lógica de la acción colectiva y el derecho puede ser determinada desde el análisis económico del derecho. En pocas palabras, el análisis económico del derecho es la aplicación del razonamiento económico en el estudio del derecho, con la finalidad de predecir el resultado de las decisiones jurídicas. (COOTER e ULEN, 1988, p. 15-16; POSNER, 1998, p. 10-13) En ese sentido, cuestiones que son tratadas por las normas jurídicas, y que también son cuestiones económicas, pueden ser abordadas por este enfoque.

Si nos centramos en los problemas propios del derecho ambiental, podemos decir que el análisis económico del derecho ha permitido un amplio desarrollo de la regulación en dicha materia. Desde éste se efectúa una crítica a la internalización irrestricta de externalidades negativas vía tributos, (COASE, 1960, p. 40-44) propia de la economía del bienestar. (DE SADELEER, 2002, p. 21; PIGOU, 1946, p. 157) Así, la cuestión de la regulación ambiental pasa por determinar cuáles herramientas son más eficientes para la reducción de las externalidades negativas.

De esta forma, la regulación económica es entendida, en general, como la actividad del Estado destinada a normar los riesgos y las externalidades negativas, (COHEN, 2016) la que se debe orientar, *prima facie*, en la búsqueda de una eficiencia social al menor costo posible.

Para lograr ello, a lo largo de las últimas cuatro décadas aproximadamente, se ha propuesto ampliar los instrumentos de regulación, desde los clásicos instrumentos de comando y control a los llamados instrumentos de mercado, dado que presentan menores costos de transacción. La adopción de estos instrumentos, en principio, ofrece una mejor relación costo/beneficio en su aplicación.

Si llevamos estas ideas a la relación entre la lógica de la acción colectiva y el derecho, tiene sentido plantear que el análisis económico del derecho sirve como puente entre ambos estudios. Podemos, por ejemplo, explicar por qué los instrumentos de comando y control pueden ser ineficientes para moderar la acción de los grupos de interés especial, y también, explicar cómo se deben ofrecer incentivos para orientar su actuación.

Con la combinación de ambas ideas, sería posible hacerse cargo de la influencia de los grupos de interés especial en su afán de interferir políticamente en el Estado, a la vez que se lograría reducir el tamaño de la actividad estatal, disminuyendo el mercado de la toma de decisión. Dicho de otro modo, combinando ambas ideas, es posible sustituir el mercado de la toma de decisión por el mercado propio de cada instrumento económico, de cada sector regulado.

Ambas ideas articuladas, con la finalidad de hacer aplicable al derecho la lógica de la acción colectiva es posible hacerse cargo de las críticas a sus predicciones escurridizas y vagamente operativas, y el ámbito de éstas, pues estas predicciones ya no recaerían sobre los grupos de interés especial genéricamente considerados, sino que recaerían sobre el comportamiento de estos grupos en el contexto de los diferentes instrumentos de gestión ambiental. En los llamados instrumentos de mercado, la predicción sería una tendencia para desarrollar transacciones en el marco de éstos. En subsidio, si los instrumentos usados fueran los de comando y control, estos, al alero de la lógica de la acción colectiva, podrían ser entendidos como incentivos negativos.

Pese a esta mejora en la explicación de la lógica de la acción colectiva, subsisten las críticas metodológicas sobre la evidencia en la cual descansarían sus predicciones. ¿Es posible determinar, como una ley invariable, que los grupos de interés siempre capturarán a los órganos de la administración del Estado? Sobre este respecto, el análisis económico del derecho recae en un problema similar, pues no ofrece mayor evidencia sobre este punto.

Aun así, e imaginando que podemos contar con una gran evidencia, podemos hacer un apelo a la jurimetría, ciencia que analiza estadísticamente los precedentes judiciales y administrativos para crear patrones de predicción de sentencias y actos administrativos. Incluso contando imaginariamente con total información de los precedentes jurídicos que deseamos estudiar, no podemos fiarnos puramente en las experiencias pasadas para establecer a la lógica de la acción colectiva como un axioma. Hacerlo de ese modo, sería crear una falacia naturalista basada en experiencias pasadas. Con todo, es posible hacer generalizaciones basadas en indicadores o en probabilidades, creando con ello criterios de predictibilidad mejores que los puramente aleatorios. Dicho de otro modo y con cierta ironía, es más fiable, para estos efectos, trabajar en base a estadísticas previas de los precedentes judiciales y administrativos, incluso siendo completamente ignorantes sobre si se reiterarán en el futuro, que en base a las predicciones del tarot.

### 2.3.2.3 La falta de demostraciones de la lógica de la acción colectiva como crítica determinante

En este orden de cosas, lo que nos queda como crítica a la lógica de la acción colectiva es la falta de evidencia sobre la cual sustentaría sus predicciones. Si ella realmente operare como un axioma infalible, sería imposible encontrar evidencia en la cual los grupos de interés especial no logren capturar al Estado en su toma de decisiones. Ello dejaría en entredicho los dos corolarios que sugiere esta visión de la política y el derecho: reducir el tamaño del Estado para reducir las hipótesis de captura, y, consonantemente, preferir siempre instrumentos de regulación de mercado en lugar de otro tipo de instrumentos.

La consistencia de una teoría se demuestra en la infalibilidad de sus predicciones, razón por la cual ahora nos debemos enfocar en determinar si la lógica de la acción colectiva, a propósito de la práctica jurídica, logra o no hacer predicciones infalibles. Esas predicciones deben recaer sobre los diferentes instrumentos de gestión ambiental, los que, en la práctica jurídica, existen como procesos administrativos o como arreglos contractuales.

Considerando que lo que se pretende desarrollar en esta tesis es una crítica jurídica a la lógica de la acción colectiva, a propósito de la participación ciudadana en los procesos de licenciamiento ambiental, éstos se representan en la vida jurídica como procesos administrativos, cuyo acto administrativo terminal puede devenir en una autorización y un rechazo, susceptible de impugnación administrativa y judicial. Así, en la próxima sección, se expondrán los rudimentos de la teoría procesal administrativa, la cuál es crítica del desempeño de los grupos de interés especial, en el marco de la lógica de la acción colectiva, revisando sus fortalezas y debilidades para efectos de nuestro estudio.

Puedo entonces, ya anticipar, que su mayor fortaleza es que permite demostrar, con evidencia puntual, la falibilidad de la lógica de la acción colectiva, y que su mayor debilidad, para efectos de nuestro estudio, es su doble particularismo, ideada sólo para procedimientos de creación de regulaciones en Estados Unidos. Debido a esa fortaleza y a esa debilidad... ¿Será posible generar predicciones fiables desde la teoría procesal administrativa, o aspira a ser un abordaje casuista? ¿Será posible adaptar dicha teoría satisfactoriamente a países pertenecientes al derecho continental? Esas cuestiones serán resultas a continuación.

## 2.4 La teoría procesal administrativa

La teoría procesal administrativa es una explicación de por qué los procesos administrativos, a propósito de la formulación de regulaciones en el derecho estadounidense, generan dialécticas procesales que impiden, en algunos casos, la captura del regulador por parte de los grupos de interés especial. Esas dialécticas ocurren porque los procesos administrativos abren oportunidades para la articulación de diferentes grupos, obrando éstos como interesados, logrando así oponerse en unidad circunstancial a los grupos de interés especial.

Los requisitos fundamentales para que esta dialéctica ocurra en los procesos administrativos de creación de regulaciones son dos: el primero (y quizá muy evidente) que haya participación efectiva de interesados que se opongan a los grupos de interés especial. El segundo requisito, es que el regulador tenga un ámbito de independencia que le permita decidir, para abstraerse de presiones, tanto de los grupos de interés especial como de los grupos ciudadanos articulados circunstancialmente para oponérseles.

Puedo recalcar, a riesgo de ser simplista, que el objetivo de esta teoría es demostrar dos cuestiones muy relevantes: una, es que la captura del regulador, según los postulados de la lógica de la acción colectiva, no es un axioma, ni mucho menos una “ley de la naturaleza”. Por el contrario, es algo que puede ser evitado. La segunda cuestión es que, para evitar la captura, la normativa procesal administrativa es de capital importancia, tanto en su sentido orgánico (configuración del regulador), como en su sentido funcional (determinar el *iter* procesal de la regulación y su impugnación).

La teoría procesal administrativa ha sido desarrollada por el académico estadounidense Steven Paul Croley, a lo largo de una serie de artículos, (CROLEY, 2000-2001; CROLEY, 1998; CROLEY, 1998; CROLEY, 1996; CROLEY, 2011) y culminándola en su obra principal *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government* (CROLEY, 2008). Veamos a continuación un resumen de esta teoría, para apreciar en qué puntos asume ser superior a la elección pública, para luego revisar las críticas que puede recibir.

### 2.4.1 Explicación de la teoría procesal administrativa de Croley.

Una teoría es exitosa en la medida que es capaz de predecir la mayor cantidad de casos posibles. (CROLEY, 2008, p. 11; OLSON, 1982, p. 13; THAGARD, 1978, p. 79) Sobre esa premisa, Croley pretende levantar la teoría procesal administrativa como una respuesta a la teoría de la elección pública. Su respuesta, en pocas palabras, apunta a explicar por qué la captura de los órganos de la administración del Estado por parte de grupos de interés especial no es algo inevitable, o al menos, irrefutable. Para ello, se centra en el proceso administrativo estadounidense de creación de regulaciones. Así, desde una crítica a los grupos de interés especial logra cuestionar a la lógica de la acción colectiva, y desde esa crítica, logra poner en entredicho a la elección pública. ¿Cómo logra hacer esto? En la presente sección intentaré sintetizar las líneas generales de la teoría procesal administrativa.

Primero que todo, en una síntesis de la teoría de la elección pública, Croley, logra determinar que las predicciones que ésta ofrece son dos: la primera es una predicción sustantiva, en la cual los grupos de interés especial afectan a las políticas públicas, direccionándolas en el sentido que les acomode a sus intereses. La segunda es una predicción procesal, en la cual, ya determinada la política pública, direccionan la toma de decisiones de la administración en los diferentes actos administrativos que implementan la política. (CROLEY, 2008, p. 22-24) Dicho esto, la distinción de captura sustancial/procesal guarda consonancia con la que realicé entre gobierno y administración.<sup>24</sup>

Luego, sistematizando la captura, propone una secuencia de cinco afirmaciones que explicarían una verdadera “cascada”<sup>25</sup> en el actuar de los grupos de interés especial, incidiendo desde el nivel de decisión más alto al más bajo. (CROLEY, 2008, p. 27; CROLEY, 2000-2001, p. 16) Estas cinco afirmaciones son las siguientes:

La primera de las afirmaciones es sobre el grupo de interés. Según ésta, la organización de estos grupos se crea en resguardo del interés individual de cada miembro. No existe un interés colectivo más allá del beneficio de cada sujeto, por lo que el actuar del grupo apunta a la obtención de ganancias que serán aprovechadas individualmente. (CROLEY, 2000-2001, p. 16)

---

<sup>24</sup> *Supra*. Nota al pie N° 1. Para efectos del presente texto, mantendré esa consonancia sustancial/procesal y gobierno/administración. Es menester recalcar que esa consonancia no es propuesta por Croley, al menos explícitamente.

<sup>25</sup> Croley no utiliza la expresión “cascada” en sus obras. Yo la he introducido con finalidades explicativas.

La segunda afirmación es sobre la lógica de la acción colectiva. Esta determina que los grupos de interés especial que inciden en la captura son grupos pequeños y privilegiados. Recordemos que los grupos pequeños tienen costos operativos bajos, dado que es muy fácil fiscalizar a cada miembro. Además, como son grupos que tienen poder económico, tendrían ventajas para proceder a la captura del Estado. (CROLEY, 2000-2001, p. 16)

La tercera afirmación es sobre la motivación del legislador. Según esta, los grupos de interés especial incidirán primero en el poder legislativo para influir en la dictación de leyes que les favorezcan. Así, apelarán al mercado de la toma de decisión, apoyando a ciertos legisladores a cambio de la obtención de favores en el Congreso. Por ejemplo, diferentes grupos de interés financiarán las campañas electorales de determinados parlamentarios, pidiendo a cambio que voten apoyando ciertos proyectos de ley. (CROLEY, 2000-2001, p. 16)

La cuarta afirmación es sobre la supremacía del legislativo. Una vez que los grupos de interés especial logran capturar al poder legislativo, deben proceder a hacer efectiva la captura “aguas abajo”. Así, para lograrlo, los grupos de interés especial direccionan las leyes que rigen el actuar de la Administración en favor de sus intereses. Un ejemplo de esto es la ley de presupuestos, pues un órgano que es díscolo a la agenda que favorece a los intereses privados, al final del ejercicio fiscal podría encontrarse con recortes presupuestarios. (CROLEY, 2000-2001, p. 16)

La quinta y última afirmación es el favoritismo de la agencia. Estando constreñidos los órganos de la Administración del Estado a favorecer a los grupos de interés especial, éstos actuarán con una clara tendencia actuar en contra del interés público. (CROLEY, 2000-2001, p. 16)

Podemos representar la cascada de la elección pública, expuesta por Croley, en la siguiente figura:

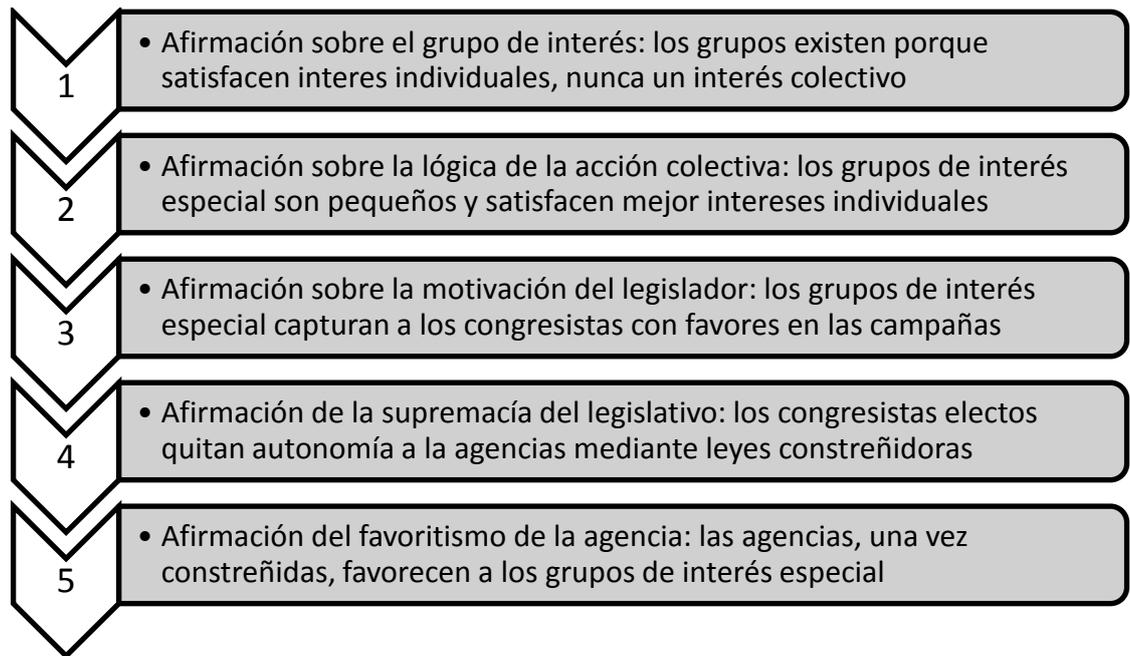


Figura 2. Cinco afirmaciones de la elección pública

Según esta cadena de afirmaciones, los seguidores de la elección pública determinan la captura como una cuestión inevitable. Sin embargo, para cuestionar ello, Croley determina que esta “cascada de la captura” está sostenida en base a tres presunciones teóricas que son, al menos, cuestionables. La primera, es que los grupos se estructurarían en un torno al óptimo de Pareto, derivando de éste que la contribución de cada miembro es equivalente a los beneficios que obtiene. Sin embargo, no existe ni evidencia ni cuantificación empírica de ello, y aún más, dentro de su tipología puede haber grupos en que los beneficios no se condigan con los aportes de sus miembros. Ello puede ocurrir perfectamente en los grupos latentes (porque no gastan en su organización) o en los grupos privilegiados (en los cuales uno o pocos miembros están dispuestos a tener costos adicionales en favor de miembros poco o nada colaboradores). (CROLEY, 2008, p. 31)

La segunda presunción teórica cuestionable es que no todos los grupos actúan debido a una conjunción de intereses individuales. Por el contrario, puede haber elementos morales que motiven el actuar colectivo, operando como catalizadores del actuar de los grupos. De otra forma, sería difícil explicar el actuar altruista en casos de desastres, la organización del activismo o de los diferentes cultos. (CROLEY, 2008, p.

34-35) En ese sentido, no todo interés es necesariamente egoísta, y es posible que el actuar de un grupo procure la realización del bien común. (CROLEY, 2008, p. 39)

La tercera, es que los congresistas no son inmunes a la reacción del electorado. El hecho de que sean capturados por grupos de interés especial no garantiza que siempre sean electos, pues decisiones impopulares les restarían apoyo de los votantes, impidiéndoles ser reelectos en los próximos comicios. El interés individual de cualquier congresista sería permanecer el mayor tiempo posible en su escaño, intentando mantener la lealtad del electorado. De esa forma, adoptar sólo decisiones que afecten al interés público, en favor de los grupos de interés privado, sería un camino que impediría su reelección en el futuro. (CROLEY, 2008, p. 38)

A modo de resumen, podemos entender que estas tres críticas recaen sobre la falta de evidencia que sustenta a la elección pública, sobre los valores metaindividuales que no trata, y sobre las influencias que sufren los congresistas más allá de los grupos de interés especial.

Debido a estas tres críticas, las cinco afirmaciones sucesivas en la “cascada” de la elección pública no son, en principio irrefutables. (CROLEY, 2008, p. 50) Sin pesquisar en evidencia rebuscada, es posible constatar que hay organizaciones que no responden sólo a intereses individuales, como es el caso del activismo. Éstas responden al llamado interés público, refutando así la afirmación sobre los grupos de interés, y, ante la falta de evidencia o de parámetros exactos sobre la cantidad de miembros que requiere una organización para ser grande, pequeña, o latente, los contornos prácticos de la teoría se van desdibujando.

Luego, si la afirmación de la lógica de la acción colectiva fuera irrefutable, no cabría ver en la realidad que organizaciones de gran tamaño, que buscan la realización de un interés público, tengan cabida en el mundo real. Si así fuese, organizaciones como Amnistía Internacional serían contrarias a las predicciones de la lógica de la acción colectiva. (CROLEY, 2000-2001, p. 18-19) Aún más, y aun suponiendo que actúan bajo un interés puramente individual, los grupos de interés especial a veces influyen en la obtención de beneficios colectivos, más allá del bienestar de sus miembros, promoviendo la competitividad, beneficiando a consumidores, o impulsando la creación de nuevas tecnologías. (CROLEY, 2000-2001, p. 17)

También es posible criticar la afirmación de la motivación del legislador, pues éstos pueden, en ciertos casos, responder a elementos de valor ajenos a los grupos de interés especial. Así, si grupos organizados y grandes logran posicionarse, y ser capaces

de denotar las faltas de un congresista, éste se arriesgaría a perder su electorado en el futuro y, con ello, verían mermadas sus posibilidades de ser reelectos. Dicho de otra manera, por muy capturado que esté, no se podría arriesgar a adoptar decisiones impopulares que acaben con su carrera política. (CROLEY, 2000-2001, p. 20-21)

La afirmación de la supremacía del legislativo también se vería afectada. En la medida que los legisladores se arriesguen a perder electorado, en casos sensibles tenderían a interferir poco en el actuar de las agencias, so pena de terminar perdiendo su reelección. De esta forma, en la medida que ciertas agendas de valor con alto apoyo popular sean levantadas, los congresistas tendrán menor margen para constreñir a las agencias. (CROLEY, 2000-2001, p. 22)

Con motivo de lo ya señalado, también quedaría en entredicho la afirmación del favoritismo de las agencias. En la medida que los constreñimientos legislativos sean menores, mayor será la independencia decisoria de las agencias, y así, queda abierta la posibilidad de que no sean capturadas a todo evento por los grupos de interés privado.

Luego de determinar la falibilidad de la elección pública, Croley hace una breve revisión sobre otras teorías regulatorias que ofrezcan mejores enfoques. Básicamente, pasa revista al neopluralismo, a teorías sobre el interés público, y republicanism cívico, efectuando críticas a cada una para justificar por qué no ofrecerían mejores respuestas que la elección pública. (CROLEY, 1998, p. 7-12)

El denominado neopluralismo (una actualización y relectura de la teoría pluralista de la ciencia política), aparentemente conseguiría explicar las motivaciones de grupos grandes, que detentan un gran número de polizones, los que aun así estarían bien articulados, actuando con en un interés público. En ese debate público, se podría explicar cómo ideas contrarias a las sostenidas por los grupos de interés privado tienen cabida, como ocurre en el caso de la protección ambiental o en la defensa de consumidor. (CROLEY, 2008, p. 56; CROLEY, 1998, p. 56-60) Sin embargo, el neopluralismo enfrenta dos problemas que lo convierten en una teoría insuficiente: el primero, es la falta de evidencia que sostenga ese papel de los grupos grandes de interés público. La segunda, es que asume un rol neutro del Estado, siendo que éste a veces podría, en los hechos, actuar de manera parcial. (CROLEY, 2008, p. 57; CROLEY, 1998, p. 60-65)

Por otra parte, y también superando las críticas hechas a la elección pública, está la visión de interés público de los propios legisladores. Según esta propuesta, los legisladores atenderían en casos a intereses que no son contingentes, o incluso a veces

impopulares, procurando beneficios generales de largo plazo. En esta explicación se supera la crítica neopluralista, según la cual, el Estado es neutro, siendo que, por el contrario, los congresistas tendrían opiniones y valores, actuando de forma parcial. (CROLEY, 2008, p. 57-58; CROLEY, 1998, p. 65-70) Pese a ello, esta explicación es débil, pues no logra superar o explicar por qué el Estado no puede ser capturado. Es un hecho que los congresistas tengan opiniones y valores, pero no impide que puedan ser capturados, o incluso sin mediar captura alguna, respondan a agendas políticas y valorativas de los grupos de interés especial. (CROLEY, 2008, p. 58-59; CROLEY, 1998, p. 70-76)

Finalmente, existe una teoría regulatoria citada por Croley, y que tendría alguna aptitud para superar a la elección pública: el republicanismo cívico. Según esta teoría, los diferentes actores políticos no sólo responden ante intereses individuales, sino que sustentarían valores dignos de ser desarrollados por la actividad del Estado en metas concretas. (CROLEY, 2008, p. 63; CROLEY, 1998, p. 76-80) Esto explicaría de mejor manera el papel de los congresistas, pues, en esta teoría, ellos serían intermediarios en la discusión política, generando normas que son frutos de acuerdos y concordia, cuestión propia de un Estado democrático. (CROLEY, 2008, p. 63) Con todo, esta teoría tiene sus debilidades, a saber: no explica cómo los congresistas intermedian en las diferentes posiciones políticas sostenidas por diversos actores, ni tampoco se refiere a cómo obtiene resultados. (CROLEY, 2008, p. 65-66) Tampoco explica cómo logra conciliar ideas diametralmente antagónicas. (CROLEY, 2008, p. 68; CROLEY, 1998, p. 81-86)

En resumen, de esta revisión de teoría regulatorias hecha por Croley, él determina que estas teorías podrían hacerse cargo, de alguna manera, de los tres cuestionamientos que persisten en la elección pública, es decir, que sufre de falta de evidencia concreta, que la actuación de grupos grandes organizados bajo valores es demostrable, y que los políticos pueden ser influidos por motivaciones ajenas a los de los grupos de interés especial. Sin embargo, todas son negligentes en un punto común: no logran explicar la oportunidad en la que ocurre la evidencia, en la que se visibilizan los valores, ni en la que otras influencias inciden en los políticos. Su respuesta sobre esa oportunidad es en el proceso administrativo. (CROLEY, 2008, p. 70)

Entonces, el proceso administrativo es el mecanismo en la cual los interesados interactúan dentro de los márgenes de la ley. En el proceso podemos encontrar fuentes de estudio para levantar evidencia; además, en éste se puede apreciar cómo operan

grupos motivados por valores que sobrepasan los meros intereses individuales, y en el que también se hacen evidentes las influencias tanto de los grupos de interés especial como de los grupos grandes motivados por valores. Así, Croley propone una teoría comprensiva que incorpora varios elementos que causan efectos de un ámbito a otro. (CROLEY, 2008, p. 71) En ese sentido, las instancias políticas y administrativas más que responder a verdaderos túneles de una entrada y una salida (o *input-output* si se quiere), son más bien un *iter* de varias posibilidades.

Así, recogiendo las críticas sobre evidencia, valores metaindividuales e influencias más allá de los grupos de interés especial, Croley reformula, en el contexto del proceso administrativo, la “cascada” que propuso para explicar cómo opera la elección pública. Determinando una nueva sucesión de afirmaciones que se afectan una sobre la otra. (CROLEY, 2008, p. 73-74) Estas son:

Afirmación de la motivación de la administración: no es inevitable que la administración siempre esté constreñida. Por el contrario, en los procesos administrativos, es posible que, desde la participación ciudadana, recoja concepciones afines al interés público, contrariando a los grupos de interés privado.

Afirmación de la autonomía de la agencia: sin mayor constreñimiento sobre las agencias para recoger las opiniones de la participación ciudadana, se explica porque no siempre el comportamiento congresistas estaría determinado por leyes dictadas por políticos capturados. Así, algunos resguardos institucionales adicionales, como la autonomía presupuestaria, dan pie a que, eventualmente, las agencias puedan tener mayor autonomía.

Afirmación del ambiente institucional: los congresistas, a su vez, no determinan efectivamente mediante leyes el comportamiento de las agencias, porque, incluso siendo financiados o apoyados por grupos de interés privado, también son susceptibles de recibir otro tipo de influencias, especialmente de grupos grandes articulados en torno a valores. En ese sentido, los congresistas, en ciertos casos, no se arriesgarían a ser impopulares, reduciendo sus posibilidades de ser reelectos.

Afirmación de la neutralidad de la administración: existiendo influencias, tanto de grupos grandes articulados por valores como de grupos de interés especial, a la administración le cabe mediar entre estas disputas, dejándole un margen menor para ser capturada. Si así fuere siempre, la presión de los grupos grandes articulados por valores se haría sentir a través de diferentes medios, como mecanismos judiciales de

impugnación, o incluso mediante la presión de congresistas que comulguen con esas agendas.

Afirmación del bienestar social: ante la presión de diversos actores, la motivación de las decisiones administrativas sobrepasa los requisitos meramente formales, debiendo justificar por qué decide en un sentido o en otro. En ese sentido, el proceso administrativo tiene un papel fundamental, pues habilita a las agencias para determinar, en los hechos, resultados socialmente deseables.

Esto podríamos simplificarlo en la siguiente figura:

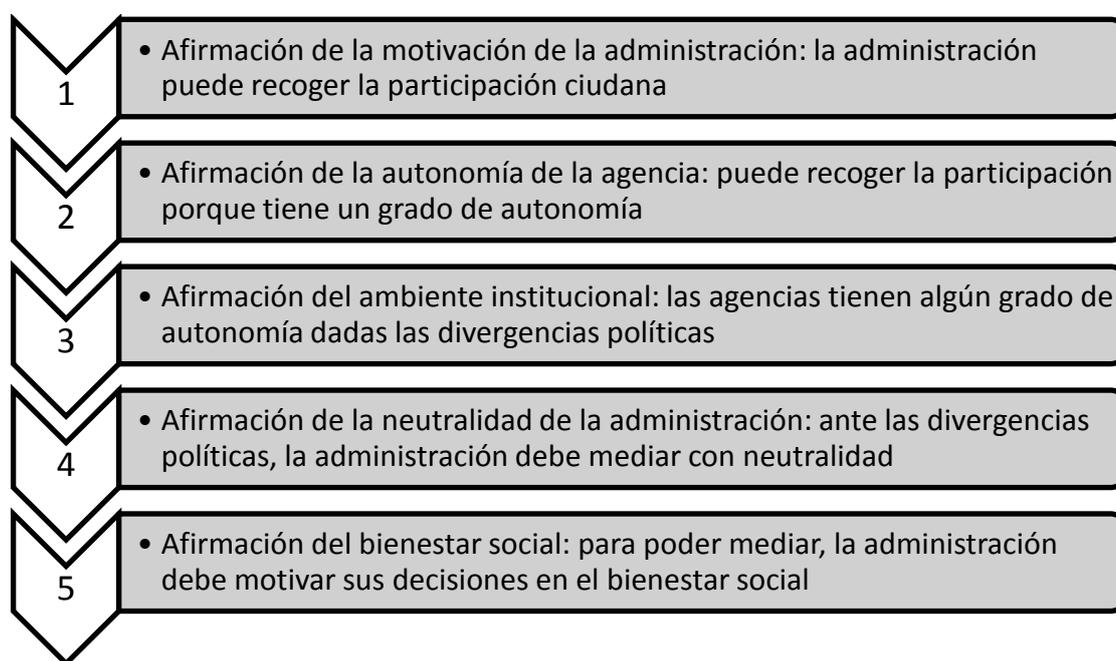


Figura 3: 5 Las cinco afirmaciones de la teoría procesal administrativa

En esa sucesión de afirmaciones, los procesos juegan un papel fundamental, pero... ¿Cómo puede ocurrir aquello? Croley, posteriormente, logra identificar una serie de elementos que ayudan a que esa “cascada” del proceso administrativo pueda ocurrir. Estos son los siguientes elementos: la información, la participación ciudadana, la estabilidad laboral de los funcionarios de la administración, y la revisión judicial de los actos administrativos terminales. Revisemos cada concepto rápidamente.

Sobre la información, es fundamental tener presente que sin ella difícilmente podría ocurrir la regulación. Gracias a los datos se pueden perfilar los hechos regulados,

siendo el principal elemento para convencer, a los diferentes actores, de normar una determinada cuestión en un sentido, o en otro. Cabe señalar también que la información no es fungible, como pueden serlo el dinero o los votos, sino que está debe ser pertinente e inteligible para los efectos regulatorios deseados. (CROLEY, 2008, p. 136)

Con relación a la participación ciudadana, esta es muy importante para que las agencias puedan recopilar información adicional, acrecentando datos, y así mejorar el entendimiento que se tiene sobre el asunto a ser regulado. También, es importante recordar que la participación es también un derecho de los ciudadanos, siendo menester del Estado crear reglas que abran la administración a los ciudadanos, transparentando y haciendo disponible la información. (CROLEY, 2008, p. 138)

Respecto a la estabilidad laboral de los funcionarios de la administración, esta de una u otra forma permite que las agencias tengan un margen de autonomía, promoviendo la carrera funcionaria de sus miembros. De esta forma, las decisiones individuales de los funcionarios, pensando en beneficios laborales de largo plazo, tenderían a privilegiar la carrera funcionaria y no a los grupos de interés privado. Adicionalmente, si el ejecutivo apoya las decisiones administrativas, la autonomía respecto del congreso estaría acrecentada. (CROLEY, 2008, p. 139)

Abordando la revisión judicial, también Croley estima que ésta es importante como último resguardo de la captura por parte de los grupos de interés especial. Esta es excepcional, y estaría motivada en caso de que alguno de los interesados esté disconforme con el resultado del proceso administrativo. A la administración, le sirve como retroalimentación para, en el futuro, contar con precedentes que fijan estándares que deberían ser respetados por los tribunales de justicia. (CROLEY, 2008, p. 140-142) Además, también, en casos que haya impugnación judicial, le serviría al Poder Ejecutivo como una advertencia de escenarios disputados, en los que no hay consenso social. (MCCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1987, p. 263)

Croley destaca que estos cuatro factores determinan que la sucesión de las cinco afirmaciones virtuosas pueda ocurrir en la vida real, y con ello, exista una buena regulación. El adjetivo bueno estaría determinado por lograr atender a un interés público, el cual no es un constructo teórico abstracto, sino que es lo que se estima socialmente deseable, luego de la conjugación de diferentes intereses en un procedimiento administrativo. En ese sentido, la autonomía de la administración juega un papel relevante. (CROLEY, 2008, p. 308-306)

Terminando con este resumen, útil a mis propósitos expositivos, Croley se preocupa de determinar, con evidencias de procesos de creación de regulaciones de los Estados Unidos,<sup>26</sup> la falibilidad de la teoría de la elección pública, y en lo que atañe al presente texto, al comportamiento de los grupos de interés especial en la captura del regulador.

De la evidencia recogida por Croley, él concluye que el estudio de casos deja un soporte considerable para la teoría procesal administrativa. En particular, éstos demostraron esos que las agencias tuvieron motivaciones encaminadas al bienestar público, encarando intereses especiales. (CROLEY, 2008, p. 282)

En base a estas pesquisas, Croley logra cuestionar de manera interesante a la lógica de la acción colectiva, demostrando que no ha podido superar las dos críticas efectuadas anteriormente, de manera determinante. Respecto de la evidencia, destaca que la lógica de la acción colectiva ha sido negligente en tratar los procesos administrativos, su tramitación y resultados. En este punto, se ha abierto un campo para el análisis de los procesos administrativos, especialmente los regulatorios, para desmentir con evidencia la captura de los grupos de interés especial.

Respecto de la aproximación jurídica, incluso reforzando con el análisis económico del derecho como puente entre la lógica de la acción colectiva y el derecho aplicado, también ha sido negligente en tratar a los procesos administrativos como un mero *input-output*, y no como lo que realmente pueden ser: una dialéctica en la cual la administración gana en autonomía y aumenta la información disponible para la toma de decisiones. En este sentido, la teoría procesal administrativa, como esfuerzo jurídico, es superior a la lógica de la acción colectiva.

Así, y a modo de resumen, la teoría procesal administrativa es superior a la lógica de la acción colectiva para explicar la captura del Estado por parte de los grupos

---

<sup>26</sup> Los ejemplos que usa Croley son los siguientes: el caso de la formulación de la regulación de ozono, realizado por la Agencia de Protección Ambiental. (CROLEY, 2008, p. 163-179) El caso de la regulación para disminuir el consumo de tabaco, realizado por la Administración de Comidas y Drogas. (CROLEY, 2008, p. 180-195) El caso de la regulación para prohibir la construcción de carreteras en áreas protegidas forestales, efectuado por el Servicio Nacional Forestal. (CROLEY, 2008, p. 196-212) El caso de la regulación de la publicidad telefónica conformado por la Comisión Federal de Comercio. (CROLEY, 2008, p. 214-221) El caso de la regulación venta de seguros para cubrir eventos de mal praxis legal de los abogados, guiado por la Comisión de Bolsa y Valores. (CROLEY, 2008, p. 221-228) Y, finalmente, el caso de la regulación para liberalizar a los bancos para vender productos derivados, como seguros, realizado por la Oficina Contralora de la Moneda. (CROLEY, 2008, p. 228-236) En general, en estos casos, se puede apreciar que las predicciones de la lógica de la acción colectiva, respecto de la captura realizada por los grupos de interés especial, no ocurre. Con ello, Croley levanta evidencia jurídica que contraría a las proposiciones de Olson, demostrando su posibilidad de ser falible.

de interés especial porque, primeramente, trabaja con evidencia que desmiente la predicción de captura inevitable. En segundo orden, porque da cuenta de mejor manera los elementos jurídicos relacionados al proceso como *iter* decisorio.

Con todo, caben dudas sobre la teoría procesal administrativa... ¿Cómo puede lidiar dicho enfoque con el exceso de información? ¿A qué valores responde, o tiene pretensiones de neutralidad y objetividad? ¿Adscribe a algún subconjunto de teorías jurídicas, o se plantea como un enfoque *sui generis*? ¿Es realmente determinante la evidencia presentada por Croley, siendo que es un universo de casos relativamente pequeño? ¿Tiene sentido aplicar la teoría procesal administrativa fuera del contexto estadounidense? Todas esas interrogantes dejan puntos abiertos, de los cuales la teoría procesal administrativa debe hacerse cargo. En la próxima sección revisaremos algunas limitaciones de la teoría procesal administrativa, y como podemos abordarlas para confirmarla como una teoría pertinente.

#### 2.4.2 Limitaciones de la teoría procesal administrativa

La teoría procesal administrativa, antes descrita, muestra ciertas limitaciones. En ese sentido, considerando que es el enfoque teórico y metodológico usado para abordar esta tesis, es menester revisarlas. Así, podemos enlistar las limitaciones de la teoría procesal administrativa en las siguientes: 1.- No trata ni diferencia efectivamente los diferentes tipos de captura, y, especialmente, no logra hacerse cargo efectivamente de la captura por información. 2.- No tiene un posicionamiento valorativo claro, es decir, no sabemos a qué agenda de valores responde, pues los procesos genéricamente considerados no tienen contenido. 3.- La formulación de la teoría tiene algunas cuestiones teóricamente desprolijas. 4.- Es también una teoría doblemente particularista, pues desde la evidencia particular, y no general, pretende efectuar predicciones sobre todos los procesos administrativos; además, está específicamente circunscrita a la realidad jurídica de los Estados Unidos. Veamos a continuación, con mayor detención, cada una de estas críticas, y en qué medida pueden ser superadas.

##### 2.4.2.1 Diferenciando tipos de captura, y en especial la captura vía información.

Al referirse a la captura de la Administración del Estado, Croley explica en las cinco afirmaciones “en cascada” su ocurrencia. En ella afirma, en términos gruesos, a

la captura del congreso por parte de los grupos de interés privado, y luego como el congreso presiona a la Administración para direccionar su obrar en favor de quien captura. De esta forma, explica el “quienes” (grupo de interés especial, el congreso y agencia), el “cuando” (periodo de elecciones, periodo de formulación de regulación) y el “con qué” (financiamiento de campaña).

En ese sentido, podemos distinguir dos tipos de captura: una captura que podría llamarse de tradicional, vía favores, y una captura que depende de la disposición de información y de su entendimiento. En su sentido tradicional, la captura requiere de tres sujetos: el grupo de interés especial, el congreso, y la agencia. La dinámica, en resumen, es la siguiente: el grupo de interés especial ejerce presión, vía lobby al congreso, proveyendo de financiamiento u otros medios para sustentar las campañas electorales. Luego, los congresistas y políticos envueltos en esa presión ejercerán su influencia sobre la administración. (BAGLEY e REVESZ, 2006, p. 185; LEVINE e FORRENCE, 1990, p. 174-178) Cabe señalar que las agencias, en comparación con los grupos de interés especial, son menos poderosas y pequeñas, y que la regulación tendenciosa les permitiría mantener poder de mercado, perjudicando a sus competidores. (STEWART, 1975, p. 1686) Hasta ahí, Croley da cuenta del fenómeno de la captura. (CROLEY, 2008, p. 17-18)

Sin embargo, Croley no logra explicar satisfactoriamente los casos en los que la administración puede ser capturada por vía de la información, pese a que reconoce la importancia de ésta en el proceso administrativo (CROLEY, 2008, p. 136) y que puede dar atisbos de sus limitaciones. (CROLEY, 2008, p. 293-295)

La captura por vía información, básicamente, ocurre cuando en el proceso administrativo se genera una cantidad o una complejidad de información tal, que sobrepasa la capacidad de la Administración de procesarla y hacerla operativa. (WAGNER, 2010, p. 1325) En cambio, los grupos de interés especial, con más recursos, son capaces de hacerlo, o también, de generar información tal que sea imposible de ser inteligible para la administración o para los otros interesados. En ese sentido, los grupos de interés especial, en la medida que son capaces de lidiar y dar un tratamiento esa información, logran determinar los supuestos de hecho sobre los que decidirá la Administración, y, consecuentemente, encaminar las decisiones a su favor. (COHEN, 2016, p. 370-375)

Bajo esa lógica, la formulación de regulaciones sobrepasa la captura en su sentido tradicional, pudiendo existir así tres cambios determinantes para lograr la

captura del Estado. El primer cambio, es la sustitución del poder de mercado por el poder de creación de redes. (COHEN, 2016, p. 375) El segundo, es la distorsión de la información creando asimetrías no por su ocultación, sino por su exceso, fenómeno conocido en inglés como *infoglut*.<sup>27</sup> De esa forma, quien tiene la capacidad de procesar el exceso de información es quién ganará poder. (COHEN, 2016, p. 382) El tercer cambio es sobre la capacidad de anticipar escenarios futuros, pues lo que antes era considerado como peligros discretos ahora son peligros a amenazas sistemáticas, en la medida que se mejoran las tecnologías de procesamiento de la información. Así, quién tenga la tecnología de evitarlas (u ocultarlas), podrá determinar de mejor forma las regulaciones a su favor. (COHEN, 2016, p. 389)

Ante esta realidad, cabe preguntarse si la teoría procesal administrativa será capaz de lidiar con este naciente supuesto de captura. Particularmente, y en lo que atañe a la participación ciudadana, el proceso administrativo debe encarecidamente asumir un rol de auditor de información, debiendo colocar filtros a la información para evitar su redundancia, (WAGNER, 2010, p. 1419) a la vez que debe implementar mecanismos para hacerla inteligible. (COHEN, 2016, p. 402-409)

Si bien éste es un tema relativamente nuevo, ahondar en él es algo que sobrepasa el presente texto. De cualquier forma, eso no obsta al papel que deberá tener la configuración de procesos administrativos para poder lidiar con estas cuestiones. Cabe señalar el presente texto abordará hipótesis de captura tradicional.

#### 2.4.2.2 Posicionamiento valorativo de la teoría procesal administrativa.

¿Qué valor estoy defendiendo, exactamente, cuando pretendo determinar a la teoría procesal administrativa como una mejor alternativa que la elección pública? ¿Estoy obedeciendo a una determinada agenda valorativa y política? Es una pregunta difícil de responder, y a lo largo de su obra, Croley no da una respuesta definitiva sobre el punto. Si bien la teoría regulatoria considera a la eficiencia, en los hechos, como un meta-valor, (MCGARITY, 1998, p. 72-73) Croley no pretende criticarla, ni aspira a criticar otros valores implícitos en la teoría de la elección pública.

Tampoco parece claro que Croley defienda a la participación en el proceso administrativo como un derecho fundamental o humano. Lo que hace, en estricto rigor,

---

<sup>27</sup> Para mayor información sobre este fenómeno, véase: (ANDREJEVIC, 2013, p. 11-44)

es apreciarla y valorarla desde sus consecuencias reguladoras. Es más, la discusión sobre si es un derecho fundamental o humano, pese a ser interesantísima, responde a la discusión del tercer concepto de participación ciudadana, como un derecho político, razón por la cual está excluida de este estudio.

Con todo, es posible entender que Croley defiende dos cosas, a lo menos implícitas: una, son buenas regulaciones que resguarden el bienestar público, y la otra, es el ambiente institucional que propicie ello. En la opinión que acá sostengo, ese básicamente es un compromiso democrático, en el cual un ambiente adecuado permite la discusión, en un proceso administrativo, para llegar a una regulación deseable. Si existe algún compromiso político o valorativo en Croley, sería con la democracia como forma de gobierno, que es ciertamente un supuesto de su teoría. Si lo pensamos de otra manera, es difícil implementar o adaptar sus ideas en regímenes autocráticos o autoritarios. Eso nos desplazaría a los dos primeros niveles de la escala de Arnstein.

Sobre esta limitación, puedo aseverar que Croley no tiene un posicionamiento valorativo claro más allá de los presupuestos democráticos de la participación ciudadana. Así, su adscripción a la eficiencia, a la igualdad, a la libertad o a otros valores son ciertamente relevantes como presupuestos del proceso administrativo, mas no como resultados de éste. El hecho que el valor sea un presupuesto, y no una meta, no altera en absoluto los resultados esperados ni su crítica a la elección pública.

#### 2.4.2.3 Elementos teóricos desprolijos

Un elemento que resulta llamativo para un abogado de la teoría procesal administrativa de Croley es que, ciertamente, propone las bases teóricas y metodológicas de una crítica jurídica a la elección pública en general, y al actuar de los grupos de interés especial en el contexto de la lógica de la acción colectiva en particular. Sin embargo, Croley comete lo que, en mi opinión, son desprolijidades teóricas. Las podría resumir en tres: la primera, es que en ningún momento plantea a su crítica como jurídica. En ese sentido, *ab initio* cae en la misma crítica que he efectuado a la lógica de la acción colectiva con anterioridad: asume una conexión automática entre la política explicada desde la economía y el derecho. La segunda, y consecuencia de la anterior, es explicar a teorías de ciencia política como teorías regulatorias. La tercera, es el cómo debemos clasificar a su teoría dentro del debate actual entre experimentalismo y minimalismo jurídico.

#### 2.4.2.3.1 Una crítica que no es jurídica (en principio)

Sobre la cuestión de no plantear su crítica como jurídica, queda, ciertamente presente desde el momento que él evalúa a una teoría desde su capacidad predictiva. Luego, Croley cuestiona la elección pública poniendo en entredicho sus predicciones sobre la captura. Sin embargo... ¿Puede el derecho, como ciencia social aplicada, estudiar la predictibilidad de las consecuencias jurídicas de las normas? A lo sumo, el derecho debe ser inteligible y poder ofrecer consecuencias posibles a quienes cumplan con los supuestos de hecho de una norma, mas no puede predecir el futuro. Ramas auxiliares al derecho, como la jurimetría, podrían crear patrones predictivos. Con todo, como ya se vio, el resultado de un proceso es una cuestión sujeta a obligaciones de medio por parte de un abogado.<sup>28</sup> En ese sentido, Croley tampoco explica a su obra como interdisciplinar, pese a hacer una exhaustiva revisión bibliográfica de derecho y ciencia política alusiva a la elección pública, para luego criticar el comportamiento de los grupos de interés especial predicho por la lógica de la acción colectiva, desde el proceso administrativo.

Esta crítica puede superarse señalando que, al menos para buena parte de la academia jurídica estadounidense, las disquisiciones que deben ser resueltas por el derecho son prácticas antes que teóricas, y que el derecho, antes que teoría, es realidad. (FARBER, 2001, p. 302-303) Ello puede deducirse por la influencia del realismo en su cultura jurídica, lo que llevaría a adoptar préstamos de otras disciplinas sociales para entender la realidad antes que los dogmas jurídicos. En el caso particular de Croley, su falta de posicionamiento sobre el punto no es un mayor obstáculo, pues trabaja metodológicamente desde el estudio de casos, y desde esa evidencia, proyecta consecuencias para la elección pública, creando una teoría propia. Su esfuerzo, evidentemente, es interdisciplinario usando evidencia jurídica, no hace falta que él lo diga para entenderlo así, y no obsta al éxito de sus críticas adscribirlo como un autor de teoría regulatoria que se vale de elementos jurídicos aplicados.

#### 2.4.2.3.2 Explicación de teorías políticas como regulatorias

En consonancia con la limitación anterior, también es posible apreciar alguna desprolijidad en Croley, esta vez no sobre la valoración, que él omite, sobre si su teoría es jurídica o no. La cuestión es como él explica teorías de la ciencia política como

---

<sup>28</sup> *Supra*, p. 19.

regulatorias. Particularmente, cuando se refiere al pluralismo, a la lógica de la acción colectiva y al neopluralismo. De esta forma, si nos remontamos al origen de toda la discusión, Olson escribe la lógica de la acción colectiva como una respuesta a la teoría pluralista, en el marco de la ciencia política (OLSON, 1971, p. 3), y desde ahí extendiendo consecucionalmente su campo a las políticas públicas. Luego, y en adelante, podríamos dar domicilio teórico al debate crítico sobre la elección pública en la ciencia política, en su calidad de ciencia social aplicada.

Esta inconsistencia puede ser resuelta igual que la denotada anteriormente, admitiendo que para la academia norteamericana es más importante el derecho como práctica y realidad, siendo altamente relevante para el desarrollo de cultura jurídica el ejercicio profesional de los abogados. (SHAPIRO, 1995, p. 44) En ese sentido, no merece importancia a los autores si traspasan los linderos del derecho para resolver problemas jurídicos. En el caso particular de Croley, como ya se afirmé, no obsta a las consecuencias de su teoría, pues desde el derecho proyecta consecuencias interdisciplinarias. Si yo pudiera dar un domicilio teórico-jurídico a sus ideas, sería dentro de la renovación del realismo estadounidense (FARBER, 2001, p. 302-303), y un domicilio como subdisciplina jurídica, en el marco del derecho regulatorio, dado el amplio campo de actividades que podría abarcar, y por su pertenencia general al derecho público. (ARANHA, 2015, p. 4-5)

#### 2.4.2.3.3 ¿Minimalista o experimentalista? ¿Cómo clasificar a Croley?

El actual debate sobre el derecho administrativo estadounidense, más allá de las formas y del control de la discrecionalidad, es sobre la sustancia del derecho administrativo (SUNSTEIN, 1991, p. 609-610), gracias a la superación del uso indiscriminado de los instrumentos de comando y control (SABEL e SIMON, 2011, p. 57-60). Esa sustancia se refleja entre el llamado minimalismo jurídico, iniciado por Cass Sunstein, que promueve una intervención mínima regulatoria en base al fomento de instrumentos de mercado, y el experimentalismo, que promueve una revisión de las estructuras administrativa en favor de una descentralización de las decisiones, ideada principalmente por Charles Sabel. Revisemos brevemente en qué consisten, para evaluar si el proceso administrativo responde a una u otra idea.

En líneas generales, podemos perfilar al minimalismo como una racionalización de la intervención regulatoria, basada en el análisis costo beneficio, (PILDES e

SUNSTEIN, 1995, p. 43-46) lo que implica la aplicación preferente de instrumentos de mercado para regular, en desmedro del uso de instrumentos de comando y control (SABEL e SIMON, 2011, p. 58) u otros derivados, como la exigencia de las mejores tecnologías disponibles. (SUNSTEIN, 1991, p. 627-631) Esto, llevado al medio ambiente, significaría, por ejemplo, la promoción de mercados de bonos de emisión transables, o de bancos de compensación de biodiversidad, instrumentos que ciertamente, cierran la participación ciudadana general, y sólo la abren a los participantes de dichos mercados.

Por su parte, el experimentalismo apunta a una visión en la que lo importante es optimizar la gestión por la vía de la descentralización, enmarcando objetivos de política y administración en unidades locales, promoviendo agendas para dotar a esas unidades de mayor autonomía, bajo procesos de revisión constante del desempeño de las medidas adoptadas. (SABEL e SIMON, 2011, p. 79) Este tipo de instrumentos favorece la participación ciudadana, (SABEL e SIMON, 2011, p. 82) procura la creación de arreglos institucionales públicos que permitan descentralización y cooperación entre órganos públicos, (FARBER e FREEMAN, 2005, p. 797-805) y permite la implementación de instrumentos que sean flexibles y adaptables en el tiempo, como el manejo adaptativo de las resoluciones de calificación ambiental. (SABEL e SIMON, 2011, p. 88)

Si comparamos ambas veredas del actual debate en relación con la participación ciudadana, el minimalismo tendería a ser una regulación de orden jerárquico y tecnocrático, mientras que el experimentalismo se mostraría horizontal y participativo. La tecnocracia (orientada por análisis costo-beneficio a la consecución del meta-valor eficiencia), detenta la contradicción de buscar la mejor calidad de vida de las personas, pero excluyéndolas de la legitimidad de la toma de decisiones. (OFFE, 1975, p. 83)

Además, como crítica adicional al minimalismo, éste detenta obstáculos técnicos en la fungibilidad de unidades de recursos ambientales en los instrumentos de mercado, pues no atiende a diferentes particularidades de las diferentes unidades naturales, (SALZMAN e RUHL, 2000, p. 693) Dicho de otro modo, por ejemplo, en un banco de compensación de biodiversidad, no todas las hectáreas son unidades perfectamente intercambiables y fungibles entre sí. No es lo mismo una hectárea de selva amazónica que una hectárea de selva fría valdiviana.

A mayor abundamiento, si bien este actual debate es propiamente norteamericano, no fue ajeno a otros países del derecho continental, ya que fue descrito

por Hauriou en Francia hace varias décadas, explicando que la centralización de las administraciones especiales se debe a la concentración de conocimientos técnicos específicos, pudiendo ser ejercido de mejor manera este tipo de competencias por un órgano centralizado especial que por varios órganos desconcentrados generalistas. (HAURIOU, 1914, p. 131)

Con todo, en este contexto entre minimalismo y experimentalismo, cabe la pregunta de cómo se posiciona la teoría procesal administrativa. Como revisé anteriormente, la teoría procesal administrativa no promueve mayores valores y su posicionamiento político es con la democracia en su sentido genérico. Si bien no desdeña del análisis costo-beneficio (CROLEY, 2008, p. 300), su preocupación central es en torno a la independencia de la agencia, la participación y la buena regulación de que genere bienestar social. Así, no podría ser considerada una teoría minimalista.

Tampoco podríamos considerarla una teoría experimentalista, en el sentido que no promueve una agenda de reformas para descentralizar el Estado. De hecho, Croley defiende y explica los procesos administrativos existentes en su obra, (CROLEY, 2008, p. 81-101; CROLEY, 1996) sin llamar a reformas o a agendas de cambios. Tampoco se pregunta sobre otros instrumentos, más allá del proceso administrativo para crear regulaciones. En ese orden de cosas, tampoco podríamos considerar a Croley como un autor experimentalista.

La teoría procesal administrativa, al parecer, quedaría fuera de ese debate. La razón de ello es que no se posiciona más allá de determinar implícitamente a la democracia como presupuesto de funcionamiento. En ese sentido, la teoría procesal administrativa no podría ser criticada por no tomar partido o posición en esa discusión. Por el contrario, es una teoría adaptable a diferentes debates... Dicho de otro modo: ¿Quién podría obviar algún un procedimiento administrativo para llevar a la práctica cualquier regulación? En una democracia el proceso no sólo es necesario, sino que es inevitable. Luego, su estudio es fundamental.

Con todo, la obra de Croley sólo se centra en el estudio de sólo un tipo de procesos administrativos, los que ocurren solamente en un país: los procesos federales de creación de regulaciones en Estado Unidos. ¿Puede ser aplicada esta teoría más allá de ese sistema jurídico, y más allá de ese tipo de procedimientos administrativos? Esa es la crítica que recae sobre su particularismo, y la revisaré a continuación.

#### 2.4.2.4 El doble particularismo de la teoría procesal administrativa

Hasta ahora, las limitaciones que he podido formular a Croley son ciertamente salvables sin mayor dificultad, y en nada obstan a su operatividad práctica. Sin embargo, la limitación que presentaré a continuación parece ser más decisiva que las anteriores para efectos de cómo llevarla a la práctica. Esta crítica es una teoría particularista en un doble sentido: sólo se preocupa de un ordenamiento jurídico, y sólo se preocupa de un proceso administrativo. Revisaré ahora estos dos particularismos, y cómo pueden ser salvados.

##### 2.4.2.4.1 Primer particularismo: una teoría pensada para el derecho estadounidense.

Toda la exposición efectuada por Croley está referida sólo al derecho estadounidense. En ese sentido, es un texto hermético y limitado, pues ni siquiera revisa experiencias administrativas de otros países a modo de fortalecer sus elementos de convencimiento. Si comparamos esta teoría con la lógica de la acción colectiva, claramente ésta última tiene una preocupación deductiva de aplicación universal. En cambio, las ideas de Croley sólo son aplicables, en principio, a Estados Unidos.

Con todo, es posible superar ese obstáculo si entendemos que es posible para un sistema jurídico acoger figuras jurídicas de otro, dentro de lo que se ha llamado recepción del derecho, procesos mediante los cuales los estudiosos logran llevar a la práctica figuras jurídicas de otros sistemas jurídicos al sistema propia. (RODRÍGUEZ VILLABONA, 2009, p. 117-119) En estos casos, lo importante es que la recepción sea armónica, y reconozca particularidades del sistema receptor, adaptando los elementos foráneos a las prácticas propias. (RODRÍGUEZ VILLABONA, 2009, p. 116-117)

En lo que cabe a los operadores del derecho, el esfuerzo de adaptación debe ser hecho en dos niveles: el legislativo y el interpretativo. A nivel legislativo, poco podría referirme en este texto, pues escapa al recorte inicial de estudio de la participación ciudadana en la administración del Estado. A nivel interpretativo, cabría entender el papel de esta teoría en contextos democráticos diferentes a los de Estados Unidos. Luego, el esfuerzo sería estudiar los procesos administrativos locales, y en torno a su funcionamiento propio, revisar los tres elementos centrales en Croley: participación ciudadana, independencia de la agencia, y resultados en torno al bienestar social.

Así, la tarea descrita parece posible y realizable. De hecho, un objetivo de esta tesis es adaptar la teoría procesal administrativa a contextos diferentes del estadounidense, al menos en el plano teórico. No podré, entonces, asumir la respuesta a esta limitación particularista ahora, sino más adelante, en el desarrollo del próximo capítulo. Con todo, cabe aún un segundo particularismo en la teoría de Croley... ¿Puede ser aplicada la teoría procesal administrativa a otro tipo de procedimientos administrativos que no sean los de creación de regulaciones? Revisaré, entonces, la crítica particularista sobre el tipo de procedimiento que revisa.

#### 2.4.2.4.2 Segundo particularismo: una teoría aplicable sólo a la formulación de regulaciones.

La teoría procesal administrativa de Croley está centrada sólo en el proceso de creación de regulaciones administrativas. Si vamos un poco más allá, existen tantos procesos administrativos como tipos de actos administrativos terminales, por lo que centrarse en el estudio de sólo un tipo llamaría la atención a cualquier lector atento, cabiendo la ulterior pregunta. ¿Será posible aplicar esta teoría a otro tipo de procedimientos e instrumentos?

Los procesos administrativos que revisa en su obra, además, están enfocados en la experiencia federal, salvo un trabajo enfocado particularmente al Estado de Michigan. (CROLEY, 1998) Es más, incluso existe evidencia sobre las limitaciones de la elección pública en explicar la captura a nivel estatal en los Estado Unidos, el que Croley no desarrolla ni profundiza mayormente. (REVESZ, 2001, p. 638-641) Adicionalmente, el campo de estudios de Croley excluye todos los otros procedimientos administrativos que determinan otro tipo de actos. Él no estudiaría, de esa forma, la formulación y operación de instrumentos basado en el mercado, ni arreglos institucionales que procuran la horizontalidad de los órganos administrativos, ni mucho menos procedimientos de licenciamiento ambiental, objeto de la presente obra.

Para poder hacerme cargo de esta limitación, una vez más debemos recurrir a los tres elementos capitales de la teoría procesal administrativa: participación ciudadana, independencia del órgano, e interés público. En el caso de los procedimientos administrativos, estimo posible aplicar esta teoría en cualquier caso que exista participación ciudadana que pueda ser recogida por la Administración. En el caso particular del licenciamiento ambiental, el hecho que exista acceso a la información, audiencias públicas y la posibilidad de hacer observaciones que puedan ser respondidas,

da pie a que pueda ser aplicada. Con ello, cabe la posibilidad de exponer evidencia que contradiga a la lógica de la acción colectiva fuera del ámbito regulatorio estadounidense.

A mayor abundamiento, y en especial referencia al caso chileno, el sistema de evaluación de impacto ambiental, a falta de otros instrumentos de gestión ambiental, termina asumiendo roles que le exceden ampliamente, más allá de la evaluación ambiental de proyectos. (ASTORGA JORQUERA, 2017, p. 113-114) Aún más, termina, en la práctica, determinando políticas públicas que no son debidamente decididas a nivel ministerial. De esta manera, un instrumento de gestión ambiental, en los hechos, opera como un instrumento decisión política. (ARANDA ORTEGA, 2017, p. 208-207)

Con todo, esa superación del particularismo depende del estudio de otros casos, ajenos a los dispuestos por Croley. Por tanto, el capítulo tres dispondrá la evidencia jurídica organizada, sobre procesos de licenciamiento, que superarán el segundo particularismo denotado en esta crítica.

De esta forma, ya revisadas las limitaciones, es posible hacer una evaluación final de la teoría procesal administrativa sobre su pertinencia, dando razones para poder usarla como marco teórico y como sustento metodológico de la presente tesis, cuestión que revisaré a continuación.

## 2.5 Evaluando la propuesta: la teoría procesal administrativa es pertinente para efectos de esta tesis

Recapitulando lo ya revisado hasta ahora, es menester recordar que esta tesis tratará, a manera de recorte temático, sobre la participación ciudadana en la administración de Estado, enmarcada dentro de las categorías de Arnstein en acceso a la información, formulación de observaciones y aplacamiento de éstas. La participación ciudadana es entendida en un sentido procesal sustancial, esto es, con relación a las discusiones sobre su procedencia o no en torno a la propuesta teórica de la elección pública.

Dentro de las propuestas de la elección pública, se formula el cuestionamiento sobre la captura del Estado por parte de los grupos de interés como algo inevitable. Más específicamente, ese cuestionamiento pasa por criticar a la lógica de la acción colectiva, de Mancur Olson, como la mejor explicación de la captura hecha por los grupos de

interés especial. La crítica está formulada desde la teoría procesal administrativa de Steven P. Croley.

El actuar de los grupos de interés especial, dentro de la lógica de la acción colectiva formulada por Olson, se explica porque son grupos pequeños, con bajos costos de organización, lo que facilita su operatividad, lo que es explicado a manera de axioma irrefutable, mediante ecuaciones, en un esfuerzo de matematizar la teoría. Además, estos grupos tienen alto poder empresarial, gracias al cual logran ejercer presión vía *lobby* o favores a los congresistas y a la administración. Con ello, logran obtener legislación y regulaciones que les favorecen en un verdadero mercado de la toma de decisiones. Los legisladores aceptarían estos favores para aumentar su beneficio individual.

Las críticas generales que se le pueden hacer a la lógica de la acción colectiva son dos: una, sobre su falta de evidencia para constatar el mercado de la toma de decisión; la otra, sobre asumir consecuencias jurídicas desde una conexión inmediata teórica entre la economía y la política. Estas críticas pueden ser respondidas de dos maneras: sobre la falta de evidencia, es posible estudiar casos concretos para afirmar o desmentir el actuar de los grupos de interés. Sobre el vacío metodológico, puede recurrirse al análisis económico del derecho como herramienta explicativa de las predicciones de la lógica de la acción colectiva.

Con todo, existe una crítica persistente sobre el papel de los procesos administrativos, formulada por Croley: la toma de decisiones políticas y administrativas no es un túnel de una entrada y una salida. Los procesos, que incorporan elementos dialécticos entre sus participantes, pueden ofrecer resultados diferentes a los previstos por la captura. En ellos, cabe la posibilidad que grupos grandes, con intereses contrarios al interés especial, se articulen y contrarresten los intereses especiales en alguna medida, obteniendo mayor bienestar social. Para que ello ocurra, los órganos de la administración del Estado deben tener algún grado de independencia, y además debe acontecer la participación ciudadana de los grupos grandes. Para poder demostrar esto, metodológicamente, efectúa un estudio de casos concretos de procesos regulatorios.

Croley logra explicar el éxito de la teoría procesal administrativa, criticando a la lógica de la acción colectiva con evidencia que contrarresta la supuesta irrefutabilidad de la captura inminente, por parte de los grupos de interés especial. En ese sentido, invita a revisar esta irrefutabilidad, y a prestar atención a los procesos administrativos.

Con todo, la teoría de Croley sufre de algunos defectos. Primero, no se hace cargo efectivamente de la captura vía información, cuestión que no podrá ser revisada en esta tesis dada su novedad, sin perjuicio de enunciar como aproximación de solución el establecimiento de filtros para información redundante, y la revisión de ésta, para hacerla accesible a los interesados en general. También hay críticas en torno a su indeterminación valorativa, a algunos elementos de desprolijidad teórica, y a como se posiciona en torno a la discusión en la teoría administrativista entre minimalismo y experimentalismo. Si bien Croley no logra posicionarse explícitamente sobre estas desprolijidades, se ha ofrecido como argumento para desconsiderar estas críticas, a rasgos generales, que no afectan su operatividad.

Sin embargo, la crítica más persistente que se le puede efectuar es sobre su doble particularismo: este recae porque está acotada específicamente al derecho estadounidense, por una parte, y por la otra está restringida sólo a los procedimientos federales de creación de regulaciones. Para superar la primera crítica es posible hacer un ejercicio de recepción teórica de las propuestas de Croley al derecho chileno y brasileño. Para la segunda, es posible explicar que en cualquier proceso administrativo en que la administración pueda recoger la participación ciudadana, en busca de mejorar el bienestar social, es posible adecuar su metodología de estudio de casos.

En síntesis, he revisado tres elementos importantes en este capítulo: 1.- El recorte del ámbito de estudios: participación ciudadana en los procesos administrativos de licenciamiento en un sentido procesal sustancial. 2.- La justificación de la teoría a ser utilizada: la teoría procesal administrativa como crítica a la lógica de la acción colectiva 3.- El método: estudio de casos de procedimientos administrativos. El desafío pendiente sería adaptar la teoría procesal administrativa al contexto chileno y al brasileño, y al procedimiento de licenciamiento ambiental, lo que será tarea del próximo capítulo.

### 3 CAPÍTULO 2: ADAPTACIÓN DE LA TEORÍA PROCESAL ADMINISTRATIVA: ELEMENTOS DOCTRINALES.

*“...На высоком дереве сидит его знакомая Птичка, которая, заметив Петю, слетает вниз. В приоткрытую калитку пробирается Утка и направляется к пруду, чтобы поплавать. Она начинает спорить с птичкой о том, кому считается настоящей птицей — Утке, которая не летает, но плавает, или птичке, которая плавать не умеет...”<sup>29</sup>*

Serguéi Serguéievich Prokófiev  
Pedro y el Lobo  
1936

#### 3.1 Presentación

En el presente capítulo abordaré la adaptación de la teoría procesal administrativa de Croley, superando su doble particularismo. Para llevar adelante aquello, primero repasaré brevemente el debate actual sobre trasplante y adaptación del derecho foráneo. Luego, situado en esa discusión, esbozaré una respuesta posible a dicho debate, la cual nos ayudará a entender por qué el presente texto no es una tesis sobre derecho comprado.

#### 3.2 Generalidades sobre los trasplantes y la adaptación del derecho extranjero.

Ha tocado, por largo tiempo, a los juristas estudiar las relaciones entre el derecho interno y el derecho foráneo. No en vano, las preocupaciones del derecho internacional privado recaen sobre dicho estudio. (BOGGIANO, 2000, p. 2; GOLDSCHIMDT, 1990, p. 7-8) En el caso particular de esta tesis, la cuestión es la viabilidad de aplicar, al estudio de los procesos de evaluación ambiental de Chile y de Brasil la teoría procesal administrativa, creada por Croley para explicar el derecho estadounidense. ¿Es posible trasplantar una doctrina de un país en otro, sin necesidad de adaptarse a sus vicisitudes

---

<sup>29</sup> En una traducción libre, la cita de la famosa obra infantil sería: “...Desde un árbol, el Pajarito voló hacía abajo mirando a la Pata. La Pata se incorpora, para comenzar una discusión con el Pajarito. Él le dice: ¿Qué clase de ave eres tú, que no sabe volar? A lo que la Pata le responde: ¿Y qué clase de ave eres tú, que no sabe nadar?”

y particularismos propios? La respuesta que ofrezco acá es que no, no es posible, siendo necesaria una adaptación.

Para aseverar que la adaptación es necesaria, es menester revisar la discusión doctrinaria sostenida entre los comparativistas, a propósito del trasplante y adaptación de las normas de un sistema jurídico a otro. Por una parte, Watson desarrolla el comparativismo desde una perspectiva histórica del derecho, aseverando que es posible no adaptar una doctrina, siempre que haya un trasplante jurídico, esto es, que una institución sea copiada de un ordenamiento a otro, y junto con ella, su aplicación y entendimiento. Por otra parte, Legrand, asumiendo una visión particularista del derecho comparado, y contrariando a Watson, señala que los trasplantes son imposibles, pues el derecho debe ser entendido integralmente (esto es, estudiando conjuntamente sus elementos culturales, sociales, económicos, políticos, etc.), más allá del mero texto que pueda ser copiado y pegado de un ordenamiento a otro. Dentro de esa integralidad, el intérprete siempre tiene varias posibilidades de interpretación, debiendo escoger una de acuerdo con sus circunstancias. De este modo, es virtualmente imposible que el derecho llegue a ser trasplantado, siendo en los hechos adaptado de una realidad a otra, al menos por el simple hecho de ser interpretado.

Mi respuesta ante esta discusión es que, para determinar que es trasplantado y que es adaptado, hay que diferenciar qué es exactamente lo que se trasplanta, desde el punto de vista de las fuentes del derecho. La crítica de Legrand a Watson es pertinente, en el sentido que le señala que sólo trasplantaría textos legales, en su sentido formalista. Por su parte, Legrand no ofrece un concepto de lo que es exactamente adaptado, esto es, no ofrece una definición tentativa y acotada de lo que entiende por derecho, adscribiendo a un concepto amplísimo del mismo. Para solucionar esto, mi propuesta es denotar lo que se trasplanta o adapta son fuentes del derecho, debiendo, en cada caso haber un tratamiento diferenciado. Así, una fuente formal es trasplantable, mientras que una fuente material no podría serlo. Si una fuente formal (como la ley) es trasplantada, y en una comunidad jurídica hay entendimiento pacífico sobre su funcionamiento, ocurriría lo que Watson llama de trasplante. Por el contrario, si lo que se toma prestado es otro tipo de fuente, como una doctrina o una jurisprudencia, la cual ha pasado por el cedazo de una comunidad jurídica que la ha aceptado con algún tipo de modificaciones, nos encontraríamos ante una adaptación.

En el caso particular de este texto, debemos entender los procesos administrativos en Chile y en Brasil como adaptaciones de procesos administrativos europeos, siendo principalmente relevante la influencia del proceso administrativo español, y de la doctrina de Adolf Merkl en el siglo XX. Frente a esas adaptaciones, la teoría procesal administrativa puede ser utilizada como una fuente formal y mediata del derecho, entendiéndola como una doctrina susceptible de ser adaptada a los procesos administrativos en Latinoamérica. Dicha adaptación es posible siempre que encontremos los respectivos ordenamientos jurídicos los elementos fundamentales, señalados por Croley, que permiten cuestionar la infalibilidad de la lógica de la acción colectiva, a saber, independencia del órgano, participación ciudadana e interés público defendido por la administración.

### 3.3 Los trasplantes en el derecho: una perspectiva histórica.

En su sentido más general, el trasplante, desde el punto de vista de las ciencias sociales aplicadas, es la acción de introducir en un país o lugar ideas, costumbres, instituciones, técnicas, formas artísticas o literarias, etc., procedentes de otro. (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2012; WATSON, 1974) La idea de trasplante en un sentido estrictamente jurídico, en pocas y propias palabras, sería la incorporación de un texto legal foráneo dentro del sistema jurídico doméstico. Esta idea, de viejo cuño, nada tiene de novedosa, siendo, por ejemplo, una importantísima recepción de un derecho ajeno la del derecho romano en Europa en el siglo XI, la que con el trabajo de los glosadores del Digesto determinó el devenir del derecho continental. (WATSON, 2001, p. 7)

Los trasplantes podemos clasificarlos en cuatro tipos ideales, a saber: i) el trasplante que ahorra costos, consistente en tomar una legislación foránea con la finalidad de ahorrar costos de experimentación y de diseño de normas que ya han sido creadas para la misma finalidad en otro sistema jurídico (MILLER, 2005, p. 25); ii) el trasplante es determinado desde el exterior; el que responde a agendas legislativas transnacionales, impulsadas por órganos multilaterales, con la finalidad de homogenizar la normativa en los diferentes sistemas jurídicos (MILLER, 2005, p. 26-27) iii) el trasplante *entrepreneur*, en el cual un grupo de operadores legales impulsa el trasplante para generar un beneficio en el país receptor, ya fuera para beneficiarse sólo ellos, o para el beneficio colectivo (MILLER, 2005, p. 30-31); y iv) el trasplante que genera legitimidad, que corresponde a los casos en los que se introduce una legislación

extranjera dado su demostrado prestigio para normar o abordar una cuestión (MILLER, 2005, p. 35-36)

La importancia del estudio de los trasplantes es que ayudan a determinar la relaciones entre los diferentes sistemas jurídicos, en el sentido de determinar si estos préstamos mejoran un sistema jurídico. (WATSON, 1978, p. 317) De ahí que el estudio de los trasplantes sea fundamental para el derecho comparado, incluyendo así un elemento histórico respecto de éstos. (WATSON, 1978, p. 316) Es más, cabe señalar que perspectiva histórica es el estudio práctico de los trasplantes y préstamos. (WATSON, 1978, p. 317-318)

Es fundamental entender que, en los trasplantes, existe ciertamente un divorcio entre la sociedad y la normativa en cuestión. Esto no quiere decir que una determinada sociedad, sujeta a ciertos contextos y vicisitudes, no sea capaz de surtirse de sus propias normas jurídicas, dotadas de originalidad. Sin embargo, existe un elenco de normas importadas, basadas en cuestiones transnacionales, cuya creación es ajena a contextos particulares de un determinado Estado. (WATSON, 1983, p. 1135). Si volvemos al ejemplo de la recepción del derecho romano en Europa, en los últimos siglos de la Edad Media, claramente los juristas romanos nunca imaginaron que su derecho sería recibido por los florecientes Estados Naciones, ni que su creación obedecería a consolidar el poder central de los reyes, en el contexto de una economía mercantilista y de surgimiento de la burguesía. En ese sentido, el divorcio entre el contexto romano que creó dicho derecho, y el contexto renacentista y moderno es evidente. Ambas sociedades y culturas son diferentes, sin perjuicio que las fuentes sean las mismas.

Para que un trasplante sea exitoso, debemos atender a los siguientes elementos: que esté basado en una tradición lingüística que permita adoptar el texto de un sistema a otro, o al menos permitir una recta traducción; que exista un prestigio general del texto trasplantado que facilite su aceptación, y; la formación de abogados capaces de aplicar la norma trasplantada. (WATSON, 1978, p. 327)

Con todo, es admisible una cierta flexibilidad en los trasplantes, esto es, que dichas leyes no son aplicadas exactamente igual que en su sistema de origen. La razón de ello es que los textos jurídicos, en su interpretación, permiten ámbitos de discrecionalidad en su aplicación, (WATSON, 1978, p. 328-329), esto es, vaguedad de ciertos términos (ENDICOTT, 2003, p. 182). Además, diferentes procesos legislativos

pueden impedir la adopción íntegra de una norma jurídica, siendo una especie de cedazo de lo que será trasplantado y lo que no.

### 3.4 Diferencias y semejanzas entre el estudio histórico de los trasplantes y la teoría de los orígenes

Un lector atento ya podría haber adivinado alguna semejanza entre la llamada teoría de los orígenes de North<sup>30</sup> y la idea de prestigio de los trasplantes propuesta por Watson. En alguna medida, ambas ideas son complementarias, en la medida que un derecho de mejor calidad, creado por un Estado intelectualmente superior, puede perfectamente ser adoptado por otros Estados, garantizando así la resolución de conflictos jurídicamente relevantes.

Además, ambas ideas podrían ser blanco de las críticas del rol que tiene el derecho en la mantención de la hegemonía, entendiendo, desde su formulación original, al derecho como un asignador de incentivos de conductas, o de castigador en caso de comportamientos atentatorios al orden burgués. (GRAMSCI, 1971, p. 246-247) Si bien los teóricos de los estudios críticos del derecho discuten si la hegemonía, desde el punto de vista del derecho, es para mantener el poder de una clase social dominante o si es para mantener una estructura. (LITOWITZ, 2000, p. 532-533) En lo concreto, el papel del derecho es mantener una hegemonía de ciertos “códigos” que permiten el orden burgués imperante. (LITOWITZ, 2000, p. 538-539) Podemos identificar estos “códigos” como las instituciones en North, o como las normas trasplantadas exitosamente gracias a la autoridad que detentan en Watson.

Es decir, en resumen, tanto en sus consecuencias (la uniformización del derecho) como sus críticas (que permiten la hegemonía de un orden dominante) harían hermanas a los trasplantes y a la teoría de los orígenes, siendo ciertamente complementarias para efectos de este estudio.

Sin embargo, ambos abordajes tienen diferencias irreconciliables, que definitivamente las distancian para abordar el estudio del derecho. En primer lugar, la teoría de los orígenes, como se revisó, es ciertamente negligente al diferenciar el concepto de “institución”, siendo este muy amplio.<sup>31</sup> En cambio, la teoría de los

---

<sup>30</sup> *Supra*, p. 40.

<sup>31</sup> *Supra*, p. 40-41.

trasplantes es sumamente diligente en la delimitación de su objeto de estudio, esto es, textos legales que han sido implementados de un sistema jurídico a otro.

Con todo, la diferencia fundamental entre ambas ideas es que el estudio de los trasplantes no tiene un interés mayor en la predictibilidad del derecho. (WATSON, 1996, p. 351) Simplemente se dedica a constatar semejanzas y diferencias entre diferentes sistemas jurídicos, y determinar cuáles textos legales gozan de mayor prestigio y aceptación, en el marco del derecho comparado y de la historia del derecho, con la finalidad de dotar de contenido al derecho comparado. Por el contrario, la teoría de los orígenes tiene una preocupación efectiva con la predictibilidad del derecho, en el sentido que determinadas instituciones jurídicas, al ser mejores que otras, permitirían el desarrollo de los países, mientras que otras no.

En pocas palabras, estas teorías serían compatibles en la medida que reconocen un derecho de mejor calidad, digno de ser trasplantado, y por ello son susceptibles de la misma crítica desde los estudios críticos del derecho, al confundir calidad con su instrumentalidad para permitir hegemonía. En cambio, son muy diferentes, en la medida que los trasplantes tienen perfectamente delimitado su objeto de estudio, a saber, la norma jurídica, mientras que la teoría de los orígenes no, dado que el concepto de institución es vago y amplio. Además, la delimitación del ámbito de estudio de los trasplantes, *per se*, no obedece a una motivación de la predictibilidad del derecho, sino a una visión retrospectiva del mismo. En cambio, la teoría de los orígenes comulga con la predictibilidad del derecho, en la medida que ciertas instituciones están destinadas a ser exitosas, conduciendo al desarrollo, mientras que otras no.

Sin perjuicio de las críticas generales ya apuntadas a los trasplantes que comparte con la teoría de los orígenes, dentro de los estudios del derecho comparado ha sido blanco de crítica. En ese sentido, existe una postura que niega la posibilidad de los trasplantes legales, dado que, indefectiblemente, la recepción de una norma foránea debe pasar por el cedazo de una comunidad jurídica, e inevitablemente debe ser interpretada por sus destinatarios. Así, al menos en su aplicación, una norma jurídica foránea jamás podría ser exactamente igual a la del sistema del cual proviene. Veamos a continuación, y con mayor detención, esta crítica.

3.5 La imposibilidad del trasplante: el derecho más allá del mero texto.

Más allá de las críticas revisadas, existe una crítica de orden metodológico a las respuestas ofrecidas por la teoría de los trasplantes de Watson. Esta sería en que el objeto de estudio de las ciencias sociales en general, y de las disciplinas jurídicas en particular, no se limitaría al mero texto, sino que es mucho más amplio que ello, superando a los llamados enfoques estructuralistas que miran a constantes apolíticas entre diferentes ordenamientos. Así encontramos enfoques funcionalistas que se ocupan de la eficacia, de las semejanzas o diferencias en las consecuencias prácticas de las legislaciones comparadas, en desmedro de la conformación formal de las diferentes legislaciones comparadas. (SOMMA, 2015, p. 149)

En ese orden de cosas, desde el punto de vista funcional, el derecho sería un fenómeno social complejo e irreproducible de una sociedad a otra, pues depende tanto de prácticas sociales diferenciadas como del acto interpretativo propio de cada lugar. Entonces, el derecho se nos presenta no sólo como un elenco de enunciados textuales, sino también como prácticas propias de cada sociedad. (LEGRAND, 1997, p. 115-116) Por ejemplo, el rol de la costumbre en los diferentes sistemas jurídicos es variable, pese a estar determinado en la ley. Así, las costumbres de un lugar no son iguales a las de otro, sin perjuicio de basarse eventualmente en textos legales idénticos.

Aún más, e incluso asumiendo una uniformidad cultural entre dos sistemas jurídicos, adoptando literalmente un texto jurídico de otro Estado, el trasplante sería imposible porque los textos legales, al ser inevitablemente interpretados, los intérpretes perfectamente pueden escoger entre diferentes posibilidades de interpretación, y así, en sociedades y sistemas jurídicos muy similares, las interpretaciones recogidas por la jurisprudencia serían divergentes. (LEGRAND, 1997, p. 114-115)

Si bien Legrand reconoce la integración de fuentes más allá de las meramente formales y mediatas en el análisis, su visión particularista es posible de ser criticada. El punto de partida de la crítica a Legrand es que hace una distinción muy simplista entre el formalismo, funcionalismo y la visión particularista que él defiende. Según él la visión formalista, que reduce el estudio de los trasplantes al estudio de textos que son transliterados de un sistema a otro, mientras que una visión funcionalista debería hacerse cargo de explicar el derecho más allá de los meros textos, como un fenómeno complejo. Así, como crítica a la visión formalista, Watson cuestiona a Legrand al señalar que es negligente al tratar su visión de los trasplantes en particular, y del derecho comparado en general, pues si bien las fuentes de su método son los textos, la crítica de

Legrand es ciega al enfrentar la historia de éstos. (WATSON, 2000) En este orden de cosas, los ejemplos ofrecidos por Watson constatan tres cosas: que los trasplantes de textos si existen, son demostrables y pueden ser observados en su desarrollo histórico. Esto, evidentemente, sobrepasa el mero estudio de los textos para entender cómo ocurrieron.

Respecto a la visión funcionalista que adopta Legrand, como oposición al formalismo, y que se muestra como un estudio omnicomprendido del derecho en cuanto fenómeno cultural complejo, también hay críticas. La principal, para efectos de este texto, es que un estudio comparado no requiere necesariamente ser omnicomprendido, sino que puede atender a elementos más acotados, como a la finalidad de una determinada norma y cómo esta se ha logrado aplicar o no, ciertamente en una aproximación teleológica del derecho comparado. (GORDLEY, 2017, p. 150-153) Así, la visión funcionalista que propone Legrand no es la única admisible y posible, sino que sería una visión más dentro de un subconjunto mayor de teorías (o abordajes) del derecho comparado.

Entonces... ¿Cómo he de posicionarme frente a esta cuestión? ¿Es posible o no el trasplante o adaptación de la teoría procesal administrativa al derecho chileno y brasileño? La posición que defiendo frente a esta cuestión consta de dos aseveraciones: la primera, es que para entender cabalmente los trasplantes debemos preguntarnos primero qué fuente del derecho estudiamos y cómo la estudiamos. La segunda, es que la presente tesis no es sobre derecho comparado, dado que es incapaz de responder al cómo se estudian los trasplantes. Esta tesis es la adaptación de una doctrina foránea que busca determinar la falibilidad de la lógica de la acción colectiva. Veamos a continuación con más detalle estas cuestiones.

### 3.6 Dos niveles de aproximación: ¿Qué trasplantamos? ¿Cómo lo estudiamos?

Para efectos de poder superar las discusiones antes presentadas, y entender qué es posible adaptar y trasplantar a propósito del derecho procesal administrativo, la discusión sobre trasplante y adaptación del derecho debe ser entendida en dos niveles. Por una parte, hay que distinguir lo que es trasplantado o adaptado (la fuente del derecho que se lleva de un lugar a otro), y en un segundo lugar, cómo es estudiado dicho fenómeno (método de comparación para detectar el trasplante).

Sobre la primera cuestión, es bueno volver las lecciones más elementales y básicas del derecho, y recordar la clasificación de las fuentes del derecho. Así, es menester de un comparativista preguntarse acerca de si las fuentes comparadas son formales o materiales. (SOMMA, 2015, p. 156) Por una parte, las fuentes formales son procesos de manifestación de normas jurídicas, siendo ésta primordialmente la legislación, la costumbre y la jurisprudencia. (GARCÍA MÁYNEZ, 2002, p. 51; TORRÉ, 2003, p. 313; WITKER, 1991, p. 27; BONNECASE, 1944, p. 131; FERREIRA CARDOSO, 1998, p. 351). Por otra parte, las fuentes materiales o reales son los factores y elementos que determinan, o al menos condicionan, el contenido de las normas jurídicas, a saber, necesidades o problemas culturales, económicos, gremiales, etc., que el legislador debe resolver. (GARCÍA MÁYNEZ, 2002, p. 51; TORRÉ, 2003, p. 312; WITKER, 1991, p. 28; FERREIRA CARDOSO, 1998, p. 351)

En este orden de cosas, las fuentes formales son susceptibles de ser trasplantadas o adaptadas, tales como la doctrina y la jurisprudencia, y son recogidas conforme a las fuentes materiales a las que se supeditan. Por ejemplo, si seguimos los ejemplos de Watson, la recepción del *Corpus Iuris Civilis* en Europa evidentemente fue un trasplante de legislación, y la divulgación de doctrina de los comentaristas podría ser considerada como una adaptación de fuentes doctrinarias. Tanto ese trasplante como adaptación obedecen a un contexto histórico de centralización del poder en los Estados y al florecimiento de la burguesía, ambas circunstancias que operan como fuentes materiales.

Entonces, las fuentes materiales no pueden ser trasplantadas o adaptadas, pues obedecen circunstancias particulares de cada sociedad, de cada Estado. Éstas son irreproducibles de uno en otro. A lo sumo, podría haber una coincidencia de circunstancias, tales como demandas valorativas o agendas políticas, que permitan o propicien trasplantes o adaptaciones. En este punto, sobre el trasplante de fuentes materiales, las aprehensiones de Legrand tendrían pleno sentido.

Con todo, los autores discuten si la doctrina es una fuente formal o material. (WITKER, 1991, p. 36) Por una parte, la doctrina es una fuente formal pues es un esfuerzo intelectual destinado a la sistematización de los preceptos del derecho, ya sea con la finalidad de interpretar sus normas y señalar su aplicación. (GARCÍA MÁYNEZ, 2002, p. 76; FERREIRA CARDOSO, 1998, p. 377;379-380) Sin embargo, es posible de considerarla una fuente material, en la medida que logra influir en los procesos

legislativos. (TORRÉ, 2003, p. 315; BONNECASE, 1944, p. 183-186) Para efectos de este texto, la entenderemos como una fuente formal, en la medida que es fruto de un proceso intelectual de una comunidad de estudiosos, cuyo propósito es alcanzar un mejor entendimiento de las otras fuentes, de promover su enseñanza y aplicación. Por el contrario, si el presente texto fuera un estudio sobre cómo una o varias doctrinas inciden en el proceso legislativo, me vería obligado a considerarla una fuente material, lo que no es el caso.

Con todo, puedo aseverar que, a diferencia de las otras fuentes formales como la legislación, la costumbre o la jurisprudencia, que son de orden inmediato, la doctrina es una fuente mediata o indirecta, (WITKER, 1991, p. 29; MARÍA DIEZ, 1963, p. 511) pues no es aplicada directamente por los operadores jurídicos, sino que auxilia la aplicación de otras fuentes.

Ya resuelta la primera cuestión, esto es, qué ha de sido trasplantado o adaptado, queda despejar la segunda cuestión, sobre cómo estudiar aquello que ha sido adaptado o trasplantado. Así, y recordando que el derecho comparado es una disciplina jurídica autónoma que dispone de una variedad de métodos, (SACCO, 2001, p. 33-34) la segunda cuestión apunta al método de estudio al que los comparativistas recurren para encontrar similitudes y diferencias en el derecho de los Estados. Para ello, es posible comparar grupos de normas, esto es, crear verdaderas “familias” legales entre los diferentes Estados, ya fuere en tradiciones (MERRYMAN, 1971, p. 13-21) , ya fuere en sistemas (DAVID, 2010, p. 12-20) . Además se puede comparar en base a principios ideales, (DAMAŠKA, 1986, p. 3-15) o en base a los llamados “formantes” o proposiciones legales, jurisprudenciales y doctrinales que resuelven problemas jurídicos concretos, (SACCO, 2001, p. 72) o también estudiando trasplantes de leyes desde una perspectiva histórica. (WATSON, 1974) Aún más, cabe comparar desde una perspectiva funcional de las normas de un determinado Estado. (ZWEIGERT e KÖTZ, 1988, p. 33-34) En este orden de cosas, la respuesta al cómo se compara es la que determinará lo que se entiende por derecho comparado, y, consecuentemente, bajo que método éste deberá operar. Esta elección operativa es la que nos ayudará a dilucidar cómo una fuente pasó de un sistema jurídico a otro.

En ese orden de cosas, un lector atento podrá recordar que esta tesis no es sobre derecho comparado, sino sobre la adaptación de una idea jurídica surgida y

contextualizada en el derecho estadounidense.<sup>32</sup> Por ende, el presente texto se desarrollará dentro de la primera cuestión planteada sobre los trasplantes y adaptaciones, o si se quiere, dentro de ese primer nivel de análisis, dedicándose al estudio y adaptación de una fuente formal y mediata del derecho, a saber, la doctrina de la teoría procesal administrativa. Esta tesis no podría ser de derecho comparado, al menos en un sentido deliberado y voluntario, en el sentido que no se ocupa de determinar cómo ha sido trasplantada o adaptada una teoría foránea.

Dicho de otra manera, los fundamentos metodológicos del presente texto no tienen como finalidad comparar el derecho brasileño, chileno y estadounidense, ni buscar adaptaciones y trasplantes de leyes procesales administrativas. En cambio, los elementos metodológicos y doctrinales del capítulo anterior son adaptados para ayudarnos a entender los procesos administrativos de Chile y de Brasil, tanto en sus respectivas legislaciones como en los precedentes seleccionados, para demostrar la falibilidad de las predicciones de la lógica de la acción colectiva. A mayor abundamiento, para hacer satisfactoriamente una tesis de derecho comparado sobre la teoría procesal administrativa, deberíamos estudiar diferentes fuentes adoptando alguno de los métodos comparativistas antes señalados, para, de esa manera, abordar diversas fuentes del derecho de diferentes países, y cómo éstas se asemejan o diferencian, cuestión que no es desarrollada en la presente tesis.<sup>33</sup>

Ya tratada la adaptabilidad de la teoría procesal administrativa, revisaré brevemente algunas generalidades del proceso administrativo, para luego atender

---

<sup>32</sup> *Supra*, pp. 16-17

<sup>33</sup> La cuestión sobre si el presente texto es de derecho comparado entre Chile y Brasil fue suscitada en la comisión de calificación del proyecto de tesis por el profesor doctor Jerónimo Tybusch. El punto aducido fue que, independientemente de la metodología, la exposición de dos legislaciones de forma ordenada en aspectos puntuales bastaría para formular un trabajo comparado, sin perjuicio que su calidad fuere eventualmente deficiente por no adoptar una metodología determinada y preexistente, o, a lo menos, esclarecerla al lector de forma siquiera rudimentaria. Este trabajo no tiene la intención de comparar, y tampoco adopta alguna de las cuatro metodologías explicitadas para dichos efectos. Con todo, y a modo de aclaración, existe la posibilidad que este texto incurra en una comparación involuntaria en torno a principios, al trabajar sobre las ideas de interés público, participación y autonomía desarrolladas por Croley en su obra. Si bien esa podría ser una prevención sobre el valor comparativo de esta obra, *prima facie*, yo la descarto. El motivo de ello es que, aun considerando esos principios para el desarrollo de la obra, no están dispuestos de manera antitética como principios duales propios de la obra de Damaska en particular, o como lo ha hecho la teoría procesal penal en general. (MANZINI, 1951, p. 34-49) Así, al no existir dualidades antitéticas para comparar interés público, autonomía y participación en esta obra, mal podría ser una comparación acabada sobre el punto. Quizá la única relación antitética y teórica expresada en el presente texto sea la comparación de las cinco afirmaciones de la elección pública contra las cinco afirmaciones de la teoría procesal administrativa formulada por Croley. Pese a la evidente dualidad, dichas afirmaciones están planteadas como fases dinámicas de la toma de decisiones del Estado, y no como principios antitéticos, razón por la que también las descarto.

algunas vicisitudes de su consagración en Chile y en Brasil, para demostrar como los tres elementos sobre los que se sostiene la teoría procesal administrativa, a saber, autonomía, participación ciudadana e interés público pueden ser encontrados en términos generales.

## 4 CAPÍTULO 3: ADAPTACIÓN DE LA TEORÍA PROCESAL ADMINISTRATIVA: ELEMENTOS LEGALES.

*“...Pero aquel bravo vivo doliente,  
para dar con la Luz que le llama,  
requirió sus declives y cauces,  
su plan y esqueleto de leyes humanas.  
Y así fueron las leyes, tus leyes,  
que no salen jamás de una pauta...”*

Almafuerte  
Nuevas Poesías y Evangélicas  
1918

### 4.1 Presentación.

Luego de haber estudiado las cuestiones relativas a la adaptación de la teoría procesal administrativa y recordando que el presente texto no es un trabajo de derecho comparado, repasaré brevemente el derecho positivo en los procesos de evaluación ambiental de Chile y de Brasil, para luego explicar cómo la autonomía del órgano y la participación ciudadana pueden verificarse, en la legislación positiva, propiciando así, en base a ella, el estudio de casos en el capítulo siguiente.

### 4.2 Generalidades del proceso administrativo, a propósito de la independencia del órgano, de la participación ciudadana y del interés público.

En primer orden de cosas, debemos entender la actividad procesal como una serie de ritualidades que constituyen el medio de realizar las funciones del Estado. (FRAGA, 1985, p. 255) Dicho de otro modo, los procedimientos son un elenco de actos que tienen un efecto específico, con un valor técnico definido, dependientes de la acción voluntaria del hombre. (SANDULLI, 1964, p. 4) En este sentido, el proceso tradicionalmente está reglamentado para normar el ejercicio concreto de la jurisdicción, siendo generalmente el acto final la dictación de una sentencia, resolviendo un conflicto jurídicamente relevante. Así, en las facultades de derecho, el estudio del derecho procesal se ocupa del estudio de estas cuestiones.

Con todo, el proceso no es una parcela propia y exclusiva del ejercicio de la jurisdicción. La función legislativa también requiere de procedimientos para ser eficaz, existiendo diferencias respecto al proceso jurisdiccional. Así, podemos reconocer como diferente al proceso judicial, al proceso legislativo y al proceso administrativo. (GORDILLO, 2003, p. PRA-I-1) En el caso del proceso legislativo, el origen de estas diferencias se explica en que la cuestión a ser resuelta tiene como protagonistas a parlamentarios que buscan crear leyes que responden a sus intereses políticos, y no a la resolución de conflicto jurídico. (CALAMANDREI, 1960, p. 156-159)

En el caso del proce administrativo, tradicionalmente se ha definido a la actividad administrativa del Estado por exclusión, esto es, aquella actividad y sus respectivos procedimientos que no sean la actividad legislativa ni el impartir justicia. (MERKL, 1935, p. 13; GORDILLO, 2003, p. PRA-I-5-6) Así, pese a la proximidad que existe entre el procedimiento judicial y el administrativo por desarrollarse entre el binomio de principios inquisitivo y dispositivo (MERKL, 1935, p. 285), y pese a que necesariamente en ambos debe consagrarse el derecho a defensa y el derecho a contradicción (GORDILLO, 1971, p. 81-87), ambos tipos de procedimientos son diferentes, y se desarrollan con absoluta libertad porque tienen metas diferentes: el procedimiento judicial, por regla general, tiene como meta la resolución de un conflicto jurídico con la sentencia, mientras que el procedimiento administrativo tiene como meta el actuar del Estado en el mundo jurídico con el acto administrativo. (MERKL, 1935, p. 278-279, 285) Dicho de otra forma, en el procediemiento judicial y el procedimiento administrativo tienen en común que ambos son una serie o sucesión de actos convenidos, pero, mientras que en el procedimiento judicial consta de una serie de actos que se desenvuelven ante un tercero independiente e imparcial, que está por encima de las partes y que termina en una sentencia que tiene fuerza de verdad legal, en el procedimiento administrativo, la serie o sucesión de actos coordinados termina en un acto administrativo, en una decisión de la autoridad administrativa, que no tiene por supuesto el carácter de cosa juzgada...” (MARÍA DIEZ, 1971, p. 223)

En general, podemos reconocer la existencia del procedimiento administrativo gracias a tres razones fundantes de orden funcional: la primera, como una reacción del Estado Liberal de Derecho ante la asunción, por parte de la Administración, de potestades del Estado, no siempre debidamente regladas; la segunda, como una forma de normalización del actuar de la administración ante el crecimiento orgánico del

Estado, y; la tercera, para otorgar a la burocracia elementos para la comodidad, la seguridad jurídica y la determinación de esferas de actuación para los diferentes órganos. (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 24-26) También, desde la perspectiva de los administrados, se puede reconocer como fundamento del procedimiento administrativo a la debida consideración de las diferentes fuentes de información, puntos de vista, correlaciones de trabajo, razones e intereses de los diferentes interesados y órganos de la administración involucrados en el acto administrativo terminal esperado, o si se fuera el caso, a la debida formación de los diferentes consentimientos necesarios para perfeccionarlo. (SANDULLI, 1989, p. 643)

Cabe también distinguir al procedimiento administrativo de la llamada jurisdicción voluntaria, o no contenciosa. En estos casos, el Estado transfiere la administración pública de algunos derechos individuales al Poder Judicial, debido a la independencia que goza la magistratura, como puede ser en algunas cuestiones propias del derecho de familia. (MARQUES, 1959, p. 150) De esta forma, los pronunciamientos del poder judicial en estas materias están a salvo de la injerencia de los otros poderes el Estado, aunque no se trate de una aplicación contenciosa de la ley procesal. (MARQUES, 1959, p. 151)

Adicionalmente, según la doctrina, el procedimiento administrativo puede ser ordenado en tres fases: la fase preparatoria, la fase constitutiva y la fase de integración de la eficacia del acto administrativo. (SANDULLI, 1964, p. 119-120) Ciertamente, la fase preparatoria se compondría de la contradicción y de la prueba, la fase constitutiva de la precisión de los actos de autoridad y de la motivación, y finalmente, la posibilidad de interponer recursos y reclamar oportunamente la nulidad, y la posibilidad de ejecutar el acto terminal como la fase de integración de la eficacia del acto administrativo. Los plazos, evidentemente, corresponden a un elemento transversal a todo el procedimiento administrativo para dotarlo de orden y dinamismo.

#### 4.3 Breves antecedentes históricos del procedimiento administrativo.

Podemos reconocer el interés doctrinal del proceso administrativo en la primera mitad del siglo veinte como definitorio para el entendimiento que de él se tiene hoy en día, al menos en su acepción formal,<sup>34</sup> desde el Congreso del Instituto Internacional de

---

<sup>34</sup> *Supra*, pp. 14-17

Ciencias Administrativas de 1936 celebrado en Varsovia, y desde los aportes de Adolf Merkl.

Según Fraga, y secundando sus afirmaciones Serra Rojas, Moschopoulos y Fisch, en el Congreso del Instituto de Ciencias Administrativas se discutió el procedimiento administrativo. (FRAGA, 1985, p. 257; MOSCHOPOULOS, 2005; FISCH, 2005, p. 45; SERRA ROJAS, 1972, p. 304-305)<sup>35</sup> En dicho congreso se establecieron las siguientes bases como fundamentales para todo procedimiento administrativo: 1.- principio de audiencia de partes; 2.- enumeración de los medios de prueba que deben ser utilizados por la administración; 3.- determinación del plazo dentro del cual debe actuar la administración. 4.- precisión de los actos de autoridad para los que la autoridad debe tomar la opinión de otras autoridades o consejos. 5.- necesidad de una motivación, a lo menos sumaria de todos los actos administrativos que afecten a un particular. 6.- Condiciones en las cuales la decisión debe ser notificada a los particulares y como las reglas generales complementarias permitan, según sea el caso, la declaratoria de que todo quebrantamiento de normas que fijen garantías de procedimientos para el particular debe provocar la nulidad de la decisión administrativa y la responsabilidad de quien las infrinja. (FRAGA, 1985, p. 257-258)

Adicionalmente, Merkl se preocupa del proceso administrativo en el marco general de su teoría de construcción gradual del derecho, esto es, la idea de que el proceso de creación de normas está reglado por normas no coercitivas, (KUCSKO-STADLMAYER, 2018, p. 249) reconociendo así una función productiva del derecho como dinamismo del orden jurídico. (CUENCA GÓMEZ, 2014, p. 174) En concreto, dicho autor determina, en referencia a la ley de procedimiento administrativo de Austria de 1925, que todo proceso administrativo debe contar con recursos necesarios para resguardar la legalidad de éste, reconociendo la reposición sin efecto devolutivo, la apelación ante el superior jerárquico, y el recurso extraordinario como una revisión del

---

<sup>35</sup> Infelizmente, no pude tener acceso a la fuente inmediata. No pude disponer, en las bibliotecas de Brasilia y de Santiago, de las actas del congreso de Varsovia de 1936. Sin perjuicio de ello, los reseñados autores dan fe de la fuente, de su contenido, y del valor que detenta para los efectos de esta obra. Si bien se puede perseverar en la búsqueda de una fuente inmediata, dada su antigüedad, poca disponibilidad, y también en atención a que no es un elemento capital de esta obra, preferí por dejarla como una fuente reconstruida a partir de otras. Entiendo perfectamente que en un trabajo de la envergadura como el presentado, lo ideal es siempre tener acceso a las fuentes directamente, pero me excuso por los motivos ya señalados. Espero, con todo, en el futuro poder localizar la fuente y poder divulgarla como un elemento significativo de la historia y de los fundamentos de la teoría del procedimiento administrativo contemporáneo.

acto administrativo por haber incurrido en vicios calificados. (MERKL, 1935, p. 292-293)

La influencia de Merkl alcanza a la legislación española de proceso administrativo, que es la primera en el derecho continental, datada en 1889, y siendo reformulada después en los años 1958, 1978 (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 29-34) y 2015. (JEFATURA DEL ESTADO, REINO DE ESPAÑA, 2015, p. 9-10) Particularmente, su influencia recae en que va más allá de considerar al procedimiento como una sucesión de actos jurídicos meramente material o técnico del que cabe abstraer a su resultado, a saber, el acto administrativo terminal. En cambio, la ley española lo trata como el proceso jurídico de formación del acto administrativo. (VAQUER CABALLERÍA, 2016, p. 10)

Con todo, la influencia de Merkl no alcanzó al derecho estadounidense, y consecuentemente y de manera indirecta, a la visión que Croley tiene del proceso administrativo. El proceso administrativo norteamericano no obedece a un esfuerzo doctrinal ni a una agenda internacional, sino que obedece a una agenda política interna de finales de los años 1930, liderada por el partido demócrata para, por una parte, normar la actividad reguladora del Estado que, a la fecha, se encontraba ante un vacío normativo, y así evitar su ejercicio arbitrario. Por otra parte, se crea el proceso administrativo como una manera de evitar que los actos administrativos, sobre los que descansaba el *New Deal*, fueran derogados arbitrariamente en caso de que el partido demócrata perdiera las elecciones presidenciales y parlamentarias venideras, pudiendo así tener la oportunidad de judicializar las eventuales reformas venideras. (ELIAS, 2016, p. 212-214; MCCUBBINS, NOLL e WEINGAST, 1999, p. 189-195)

Revisadas estas generalidades y la historia del procedimiento administrativo, procederé a verificar en las normativas chilena y brasileña los conceptos de independencia del órgano, de participación ciudadana y de interés público reseñados por Croley. Para ello revisaré dos cuestiones claves de los procesos administrativos, a saber, sus principios y la configuración orgánica de los órganos que realizan la evaluación de impacto ambiental. Revisando estas cuestiones, podremos determinar una cobertura legislativa general para dichos tres elementos.

#### 4.4 Principios del procedimiento administrativo.

Para estudiar los principios del procedimiento administrativo, es menester primero hacer una diferencia entre los principios del procedimiento administrativo y los principios formativos del procedimiento, ideados para explicar el desarrollo de un juicio. En el caso de los principios del procedimiento administrativo, están pensados como especificaciones de principios generales del derecho administrativo en particular, y del derecho público en general. Por otra parte, los principios formativos del procedimiento están pensados como dualidades opuestas, como verdaderos tipos ideales, dentro de los cuales es posible perfilar una norma procesal positiva como más cercana a un principio o a su opuesto, lo que no ocurre en los principios del procedimiento administrativo.

Sólo a modo de ejemplo, en el caso del procedimiento administrativo es posible verificar que el impulso procesal es propio de la administración por regla general, considerándose ello como un principio.<sup>36</sup> En cambio, el impulso procesal en el caso de un juicio dependerá principalmente de la actividad de las partes en caso de que se esté ante una norma influenciada por el principio dispositivo, mientras que dependerá principalmente del juez en caso de que la norma esté adecuada al principio inquisitivo.

Con todo, y en una buena medida, los principios del procedimiento administrativo son una especie de préstamos de principios formativos del procedimiento, desde un enfoque inquisitivo del mismo, relegando la actividad del interesado sólo a aquellos casos en que éste procure una prestación o beneficio del Estado.

#### 4.5 El valor de los principios del procedimiento administrativo.

El valor de los principios jurídicos dependerá de si se tiene una visión formalista del derecho administrativo, o si se tiene una aproximación que la supere. En el primer caso, los principios tendrán un valor menor como fuente del derecho administrativo, mientras que en el segundo tendrán un rol interpretativo fundamental.

En una visión formalista, no se les puede considerar una fuente del derecho administrativo, sino el fundamento jurídico de normas administrativas. (SILVA CIMMA, 1968, p. 422) A mayor abundamiento, esta visión formalista los determina como una fuente supletoria, en ausencia de ley. En esta perspectiva, para los adeptos

---

<sup>36</sup> *Infra*, pp. 100-101.

del derecho natural, los principios se encontrarían en la naturaleza de las cosas; mientras que, para los autores de la escuela realista, éstos se encontrarían en la expresión de la conciencia social. (SERRA ROJAS, 1972, p. 241) Así, es posible encontrar tres doctrinas sobre los principios en el derecho administrativo: que estos están inherentes a la normativa positiva, una segunda que son propios de la naturaleza de las cosas, y una tercera según la cual devienen de las prácticas sociales. (MARÍA DIEZ, 1963, p. 516)

Por otra parte, es posible considerar a los principios como herramientas interpretativas fundamentales, las cuales pueden ayudar al intérprete a escoger entre varias posibilidades, tal como se revisó brevemente en el capítulo anterior, a propósito de la participación ciudadana como un principio jurídico propio del derecho ambiental.<sup>37</sup> Así, los principios del procedimiento administrativo tienen una gran utilidad para efectos de interpretar las leyes que lo rigen.

En este orden de cosas, la meditación científica sobre el derecho no es una operación puramente abstracta y puramente culturalista, sino que es ella misma un trozo de esta vida real del derecho (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996, p. 33), por lo que ciertamente la utilización de los principios, como corrección del actuar de la administración del Estado, es una manifestación de una concepción sustancialista del derecho, superando así al positivismo jurídico. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996, p. 30-31) A mayor abundamiento, y con independencia de la doctrina que se adscriba, los principios del derecho administrativo sirven para superar lagunas legales, en uso de la potestad discrecional que detenta la administración. (MARÍA DIEZ, 1963, p. 526-527)

La opinión que seguiré en este texto, para efectos del presente apartado, es que los principios tienen un papel interpretativo fundamental. Ello, porque en caso de seguir la opinión formalista estaríamos negando, o a lo menos menospreciando, la interpretación de las leyes procedimentales administrativas, cuestión que, ciertamente, está superada. La razón de esta superación es que los diferentes significados de un término jurídico van apareciendo con el paso del tiempo, diacrónicamente, para existir en el presente, sincrónicamente, debiendo escoger el intérprete aquella posibilidad de

---

<sup>37</sup> *Supra*, pp. 22-23

interpretación que se acomode mejor al caso concreto que debe resolver, justificando esa decisión en base a principios.<sup>38</sup>

En su distinción más general, podemos clasificar a los principios como aquellos que han sido recogidos en el derecho positivo, y los que dependen de una determinada época del derecho. Los primeros se corresponden con los que devienen de los textos legales, ya fuere literalmente o mediante un ejercicio de abstracción interpretativa. Los segundos, devienen de las relaciones de la vida, del orden de las cosas de cara a las instituciones morales, políticas y económicas de un determinado estado de civilización de la humanidad. (BANDEIRA DE MELO, 2007, p. 419) En este apartado nos referiremos a aquellos que están expresamente manifestados en las leyes procesales administrativas de Chile y de Brasil. Veamos a continuación los principios contenidos en estas leyes, de forma expresa.

#### 4.5.1 Principio de legalidad.

Este principio está enunciado expresamente en el artículo 2º, párrafo único de la ley N° 9.784/1999 de proceso administrativo de Brasil (en adelante LPA-BRA), mientras que la ley N° 19.880/2003 de Bases los de Procedimientos Administrativos de Chile (en adelante LBPA-CHI) se refiere a la legalidad como una presunción del acto administrativo en su artículo 3º, inciso final. En su sentido elemental, la legalidad es una técnica estructural que sujeta el actuar de la Administración a la ley, previa separación de poderes. (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 411) Dicho de otro modo, la función de la legalidad se refiere a la subordinación de la Administración a la ley, esto es, que los límites del actuar administrativo deben quedar determinados por las disposiciones legales preestablecidas, (SILVA CIMMA, 1968, p. 36) anteriores al hecho cuestión jurídicamente relevante para la administración. (SERRA ROJAS, 1972, p. 302)

En su visión tradicional y formalista, en la Administración Pública no hay libertad ni voluntad personal pues a ésta sólo le es permitido hacer aquello expresamente establecido en la ley, esto es, para los particulares las leyes significan un “puede hacer de esta forma”, mientras que para la Administración significan un “debe

---

<sup>38</sup> *Supra*, p. 23-24.

hacer de esta forma". (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 93)

Con todo, la legalidad no estaría acotada solamente a la literalidad, sino también a los intereses superiores que se plasman en la letra y el espíritu de la Constitución. (SILVA CIMMA, 1968, p. 37) Ésta no debe ser entendida como la mera ejecución de normas administrativas superiores, sino también como un elemento esencial de la juricidad del poder discrecional y rechazo de la arbitrariedad. (MADARIAGA GUTIERREZ, 1966, p. 26) Así, en el contexto de la postmodernidad, la Administración del Estado se encuentra vinculada a criterios finalistas más allá de la mera legalidad, como estar al servicio de la persona humana y contribuir al bien común. (PANTOJA BAUZÁ, 2016, p. 168) Dicho de otra forma, el principio de legalidad se diferenciaría de la mera literalidad al ser una técnica de atribución de potestades, o si se quiere, una cobertura de actuación administrativa determinada por ley. (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 418)

#### 4.5.2 Principio de Finalidad o Conclusivo.

El principio de finalidad o conclusivo se encuentra contemplado en el artículo 2º párrafo único de la LPA-BRA, y en el artículo 8º de la LBPA-CHI. Este principio está explicitado para que la actividad administrativa desarrolle su finalidad legal, de forma impersonal, satisfaciendo el bien común y no los intereses personales del administrado, quedando impedido a los burócratas la obtención de beneficios propios. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 97-98)

La finalidad está referida a que todo procedimiento administrativo está encaminado a la dictación de un acto administrativo terminal, que manifieste la voluntad estatal. En este sentido, si comparamos esta idea fundamental con el proceso judicial, podemos entender que ambos tienen objetivos diferentes. Si pensamos en la finalidad particular del proceso judicial, este es resolver un conflicto jurídico, como medio de conseguir lo debido, a través de la actuación que el derecho garantiza, (GIOVENDA, 2009, p. 85) mientras que el procedimiento administrativo tiene por finalidad manifestar la voluntad del Estado en un acto jurídico administrativo concreto. (GORDILLO, 2003, p. EAA-II-3-4)

Es importante distinguir estas finalidades, pues determinan la diferencia entre el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso administrativo. El

procedimiento contencioso administrativo tiene como finalidad resolver un conflicto jurídico relevante entre uno o más particulares y el Estado, y para que dicho conflicto exista, se presupone un acto administrativo terminal contrario a los intereses particulares. (BIELSA, 1966, p. 159-161) Dicho de otro modo, para la existencia de un procedimiento contencioso administrativo se presupone un procedimiento administrativo que concluya en un acto terminal que afecte a uno o más particulares.

#### 4.5.3 Principio de la motivación.

Este principio está mencionado en el artículo 2º, párrafo único de la LPA-BRA, habiendo también una referencia en el artículo 41 de la LBPA-CHILE. Éste consiste en que, por regla general, los actos de la Administración deben exponer sus motivos, tanto de hecho como de derecho, para efectos de exteriorizar los fundamentos de este, a fin de evitar decisiones arbitrarias. Las funciones de la motivación son: asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; constituir una garantía del administrado que podrá impugnar eventualmente el acto administrativo, con posibilidad real de criticar las bases en las que se fundamenta, y; posible su control jurisdiccional. (GALLARDO CASTILLO, 2010, p. 2)

Por la motivación, la Administración justifica su actuación indicando tanto los presupuestos de hecho como los de derecho que autorizan su práctica. Esta indicación debe ser de forma clara y eficiente, para que el acto pueda ser controlado. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 110-111)

En la ley chilena, en el artículo 41 de la LBPA-CHI, la regla general es la motivación de los actos terminales, debiendo exponer la Administración sus fundamentos de hecho y de derecho, salvo norma expresa. En el caso brasileño, la motivación también es la regla general según el artículo 50 de la LPA-BRA.

#### 4.5.4 Razonabilidad y proporcionalidad

Ambos principios están contenidos en el artículo 2º de la ley brasileña, siendo dos conceptos íntimamente entrelazados. La razonabilidad corresponde a un actuar racional encaminado por elementos valorativos, mientras que la proporcionalidad responde a una valoración particular de actuación, que busca la adecuación de un medio a un fin.

Sobre la razonabilidad, esta es una actitud de la razón práctica que trata de llegar a la toma de decisiones por la argumentación, considerando cuestiones éticas. (FLORES GALINDO, 2006, p. 189) Lo razonable es así diferente de lo racional, pues el agente racional buscará la satisfacción de sus intereses pensando en el criterio individual más efectivo, más adecuado a sus fines y medios; en cambio un agente razonable incorporará a esa satisfacción de necesidades elementos valorativos, ante la responsabilidad política y social de sus actos. (RAWLS, 1996, p. 50) Por ejemplo, un actor racional sería capaz de incurrir en la captura de la Administración vía cohecho para obtener mayores beneficios, reduciendo su esfuerzo; en cambio, un actor razonable encontraría un reproche en el delito de cohecho, y se abstendría de éste.

La razonabilidad en el derecho puede resumirse, entonces, a dos cuestiones fundamentales: la primera, es sobre lo que habilita a un operador jurídico a efectuar un examen de razonabilidad, y, la segunda, sobre cuáles son los criterios para efectuar dicho control. (SAPAG, 2008, p. 163) Estas cuestiones, que no es mi propósito profundizar, se responderían de diferente forma: la primera, sobre la habilitación del control de razonabilidad, dependería de las competencias propias de cada órgano, siendo un problema procesal orgánico. La segunda cuestión, sobre los criterios, estos deberán ser resueltos en sede argumentativa, en torno a los principios y valores contenidos en la Constitución.

A su vez, la proporcionalidad es un criterio de adecuación entre medios y fines, de modo que una decisión jurídica sea razonable. Dicho de otra forma, sería un verdadero principio de la prohibición de exceso, que mire a evitar restricciones innecesarias o abusivas por parte de la Administración Pública, lesionando los derechos fundamentales de los administrados. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 99) Encontramos el origen de la proporcionalidad en los albores del derecho penal liberal, a propósito de la necesidad de penas que sean equivalentes al mal causado, para así retribuir en la medida adecuada y disuadir el delito con una sanción proporcional a sus consecuencias. (BECCARIA, 2015, p. 25-27; BENTHAM, 1943, p. 28) En ese sentido, en las llamadas escuelas clásicas penales, la pena es un mal y un medio de tutela jurídica, siendo el castigo una retribución al mal causado por el malhechor. (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, p. 35) Esta idea aún pervive en el derecho penal contemporáneo, en el sentido que debe haber un carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal, el que,

según su naturaleza y gravedad, tenga una pena que sea adecuada cuantitativa y cualitativamente. (FERRAJOLI, 2010, p. 366)

Si llevamos la idea de proporcionalidad al proceso administrativo, este se deberá reflejar en la adecuación de fines y medios perseguidos por el proceso y el acto terminal. En el campo administrativo sancionador esta correspondencia no necesariamente respondería a los mismos criterios que en el campo criminal, dado que puede atenerse a otro tipo de valoraciones, como criterios de eficiencia o costo-beneficio.

Con todo, parece haber una relación de género-especie entre la razonabilidad y la proporcionalidad, porque ésta es una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin. (ZUÑIGA URBINA e MARTINEZ, 2011, p. 201)

#### 4.5.5 Principio de Moralidad.

El deber de una actuación proba y moralmente adecuada de la administración lo encontramos en el artículo 2º párrafo único y en el literal IV de la LPA-BRA, y en el artículo 11 de la LBPA, como un deber de probidad a propósito de la imparcialidad. Con todo, y pese a esta consagración expresa, la disociación entre derecho y moral es un tema tan antiguo como vigente. Ya en el Digesto, 5;17;144 se afirma, citando a Paulo, que no todo lo lícito es honesto. (JUSTINIANO, 1892, p. 956)<sup>39</sup> Modernamente, la discusión sobre la moralidad del derecho puede encontrarse como una de las más relevantes para la filosofía del derecho en el siglo XX.<sup>40</sup>

En su formulación más tradicional, en el proceso civil, la probidad se refiere a la efectividad de un leal y honorable debate procesal, evitando la malicia en la conducta de las partes. (COUTURE, 1966, p. 190-191) Para ello, existe un elenco de soluciones concretas tales como la exposición clara de la demanda, la interposición unificada de las excepciones, limitación de la prueba a los hechos debatidos, convalidación de nulidades que no hubieren sido oportunamente corregidas por las vías de impugnación

---

<sup>39</sup> Literalmente: *Non omne, quod licet, honestum est.*

<sup>40</sup> El debate entre la separación entre derecho y moral en el siglo XX podemos verlo en aclamados autores, cuya cita quizá sea, a estas alturas, sumamente redundante para un lector familiarizado con la literatura jurídica. Con todo, siempre es bueno recordarlo, pudiendo señalar a favor de dicha diferenciación: (KELSEN, 1960, p. 55-63; HART, 2009, p. 208-233). En contra de la separación entre derecho y moral, véase: (RADBRUCH, 1971, p. 62-64; RADBRUCH, 1999, p. 226-232; FULLER, 1969, p. 133-145)

dispuestas por ley, o la condenación en costas al litigante malicioso. (COUTURE, 1966, p. 191-192)

Si bien se reconoce que antiguamente la moralidad del proceso estaba determinada por una tonalidad religiosa, (COUTURE, 1966, p. 190) también hay quien atribuye el deber de imposición de veracidad y de la buena fe en ciertos principios, como el no reconocimiento de la mentira y el dolo en los actos procesales, siendo éstas normas propias del derecho natural procesal civil, intrínseco a la naturaleza humana. (GUASP, 1968, p. 43) Luego, la veracidad y buena fe constituyen principios generales de esta rama del derecho. (GUASP, 1968, p. 52)

Particularmente, en la Administración Pública se refiere a un actuar que no puede despreciar el elemento ético de su conducta, por lo que un funcionario no tendrá que decidir entre lo ilegal o lo legal, sino también entre lo honesto y lo deshonesto en el ámbito de sus competencias. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 94) Con todo, la moralidad no obedecería así a un criterio más allá de la ley, sino que lo complementa, pues la moralidad para el administrador estaría determinada como un estándar de conducta que debe seguir en el ejercicio de sus funciones, ciertamente equivalente a la buena fe objetiva del derecho privado. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 97) En lo concreto, este principio llama a que la Administración actúe de manera llana, sincera, quedando prohibidos de cualquier comportamiento impropio, que mire a crear ardidés, poniendo trabas a la exhibición de las razones o derechos del administrado. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 489)

#### 4.5.6 Principio de amplia defensa y contradictorio

Este principio está contemplado expresamente en el artículo 2º párrafo único y en el literal X de la LPA-BRA, y en el artículo 10 de la LBPA-CHI. Para desarrollarlo, la teoría procesal lo contempla como el deber de comparecer, responder y participar del proceso, dado que su inactividad puede ser perjudicial para la parte en caso de silencio. (GIOVENDA, 2009, p. 917-919) Con todo, también se le reconoce como el derecho de contradicción al que tiene el demandado de obrar en un juicio. (ROCCO, 1959, p. 230) Más allá de catalogarlo como un deber o un derecho, es posible identificar dos intereses envueltos en la amplia defensa: uno específico y concreto. El primero, de orden específico, es el de resolver el conflicto jurídico en el que se ha visto involucrado por

causa de la acción interpuesta por la contraparte; el segundo, de orden general y abstracto, es el de poder contar con la actividad estatal para efectos de aplicar las normas jurídicas procesales, (ROCCO, 1959, p. 229-230) esto es, de poder confiar en el proceso como una solución heterocompositiva de conflictos jurídicos. Dicho de otro modo, la amplia defensa es la prohibición de que alguien sea condenado sin que sea oído o, por lo menos, sin darle la posibilidad de ser oído. (GUASP, 1968, p. 43)

La idea de contradictorio, en el proceso civil, atiende al principio de la igualdad de las partes, a la bilateralidad de la audiencia. Dicho de otra forma, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que ésta pueda prestar a ella su consentimiento, o formular oposición. (COUTURE, 1966, p. 183)

Este principio es reconocido prácticamente en todos los sistemas procesales en el mundo (CAPELETTI, 1973, p. 664) En sede administrativa, se refiere a que no se puede tomar una decisión que entrañe un perjuicio grave para un funcionario o un administrado, sin que éste haya sido previamente oído, (MARÍA DIEZ, 1963, p. 529) llegándose a aseverar que en caso de no haber contradictorio en sede administrativa, es perfectamente posible entender que habría un verdadero proceso en el sentido jurídico. (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 438) Además, en sede administrativa tiene un matiz especial: éste es plenamente aplicable siempre que la decisión sea de exclusiva iniciativa de la autoridad administrativa. En cambio, cuando la decisión es a pedido del interesado no es aplicable, pues su petición ya ha sido fundada previamente, y luego se dictaría una decisión que la puede o no admitir, y en contra de la cual puede haber un recurso administrativo. (BIELSA, 1966, p. 161) Esto no obsta a que la decisión pueda ser revisada después por los tribunales de justicia en un juicio contencioso administrativo, pues, en concreto, la audiencia del interesado puede volver a manifestarse, teniendo en vista el propio desarrollo del procedimiento con sus incidentes. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 487) Esta idea es trascendental para entender el licenciamiento, como luego veremos.

#### 4.5.7 Contradicción y el concepto de interesado

El concepto de interesado, ciertamente y en comparación con el proceso judicial, encuentra una proximidad con el de parte, siendo ciertamente un equivalente, tal como serían ciertamente equivalentes la legitimación del proceso civil con el interés.

(CASSAGNE, 1994, p. 305) Sin embargo, ambos conceptos son diferentes, dado que los interesados no se enfrentan a un conflicto jurídico, sino que se involucran en el procedimiento de formulación de un acto administrativo, participando en aquel. En cambio, un conflicto jurídico sólo podría acontecer desde que el acto administrativo fuere dictado, generando así una pretensión resistida entre el administrado y el Estado, o entre diferentes administrados. Dicho de otro modo, en el procedimiento administrativo, el interesado se encuentra frente a un germen de conflicto, el que eventualmente puede llegar a existir en el futuro con la dictación de un acto administrativo que le resulte desfavorable, y que deberá ser resuelto por el tribunal competente, en un procedimiento contencioso administrativo.

En resumen, se podría definir al interesado como un administrado cualificado por su legitimación y capacidad para ser parte del procedimiento administrativo. (CASSAGNE, 1994, p. 306) También, nada obsta a que una persona jurídica sea un interesado, tanto si fuere de derecho público o de derecho privado. (CASSAGNE, 1994, p. 307) La calidad de interesado, *prima facie*, se adquiere porque el procedimiento administrativo, o en su caso, el eventual acto terminal esperado por la Administración lesiona uno o más derechos subjetivos del administrado en cuestión. Dicho de otro modo, el interés es perjuicio. (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 411)

En particular, la LPA-BRA define a los administrados en su artículo 9°. Se refiere a ellos como: personas físicas o jurídicas que inicien como titulares de derechos o intereses individuales o en el ejercicio del derecho de representación; aquellos que, sin haber iniciado el proceso, tienen derechos o intereses que puedan ser afectados por la decisión que pueda ser adoptada; las organizaciones y asociaciones representativas, en lo tocante a derechos e intereses difusos, y; las personas o asociaciones legalmente constituidas con razón de derechos e intereses difusos. Así mismo, el artículo 10 señala que la capacidad para obrar en un proceso administrativo es, por regla general, desde los 18 años de edad, salvo norma en contrario.

Como derechos generales de los administrados, se reconocen en el artículo 3° de la LPA-BRA, sin perjuicio de otros que también les sean asegurados: ser tratado con respeto por las autoridades y funcionarios, los que deberán facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; tener conocimiento de la tramitación de los procesos administrativos en que tenga la condición de interesado, tener a la vista

los autos, obtener copias de documentos en ellos contenidos y conocer las decisiones proferidas; formular alegaciones y presentar documentos antes de la decisión, los cuales serán objeto de consideración por el órgano competente, y; hacerse asistir, facultativamente, por un abogado, salvo que fuere obligatoria la representación por fuerza de la ley.

Por su parte, la LBPA-CHI define a los interesados en su artículo 21. Así, son quienes promuevan el procedimiento administrativo como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos; los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Por otra parte, se reconocen como derechos de los administrados, en el artículo 17: 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; identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración; acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley; 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; 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; exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente; obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, y; cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes.

A mayor abundamiento, la formulación de alegaciones debe cumplir con la posibilidad ilimitada de formularlas, debiendo el órgano encargado de tenerlas en cuenta para efectos de la propuesta de resolución final. (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 58-59)

Los interesados pueden ser clasificados en dos categorías. Una, la del llamado interesado necesario, quien participa en el procedimiento administrativo porque el éste vulnera algún derecho que detenta con anterioridad, como podría ser el caso de una expropiación. (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 453-454) La segunda categoría, es la del interesado competitivo, quién concurre al procedimiento administrativo junto a otro o más interesados, por un interés contradictorio entre ellos. Este puede ser el caso de una concesión con múltiples ofertas a ser evaluadas, o en el caso de una autorización en que la comunidad local se opone a la solicitud del titular del proyecto. (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 455-456)

#### 4.5.8 Principio de seguridad jurídica

Este principio está consagrado en el artículo 2º párrafo único de la LBP-BRA, mientras que se consagra en el artículo 19 numeral 23º de la Constitución de Chile. En la actividad administrativa está manifestada concretamente en tres aspectos: primero, como una prefiguración de los preceptos aplicables a cada situación que deben tener tanto administrados como las autoridades; en segundo lugar, como la inmutabilidad, según la cual dichas situaciones jurídicas sólo podrán ser excepcionalmente alteradas por normas modificatorias o revocatorias, velando así por la permanencia de las normas para el efectivo goce y ejercicio de los derechos; y en tercer orden, como la intangibilidad, que es la protección de las consecuencias de la norma administrativa inmutable. (MADARIAGA GUTIERREZ, 1966, p. 47-49)

La seguridad jurídica abarca también la llamada confianza legítima de los administrados respecto de la administración. Esta se refiere a una relación de confianza entre el administrado y la Administración, en la cual se deben respetar las situaciones consolidadas en el tiempo, esto es, operando igual que la buena fe subjetiva del derecho privado, en la *prima facie* existe un “estado de consciencia” que el procedimiento administrativo se desarrolla conforme a derecho. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 108)

Una consecuencia práctica de la seguridad jurídica es la confianza legítima en la Administración, es que a los administrados se reconoce, por regla general, la irrevocabilidad de los actos administrativos que reconocen o declaran derechos, cual proyección administrativa de la doctrina general de que nadie puede ir válidamente en contra sus propios actos. (BERMÚDEZ SOTO, 2005) Esto, ciertamente, es una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste. (BERMÚDEZ SOTO, 2005) A mayor abundamiento, otra consecuencia práctica posible es la consagración del silencio administrativo, ya fuere positivo o negativo, como una garantía de los interesados ante la prolongación anormal en el tiempo de un procedimiento administrativo. (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 88-89)

#### 4.5.9 Principio de interés público, imparcialidad y abstención

La imparcialidad en el artículo 2º párrafo único y en el numeral III de la LPA-BRA, y en el artículo 12 de la LBPA-CHI, a propósito de la abstención de obrar del funcionario, en caso de que el procedimiento envuelva un interés privado para él.

La imparcialidad en el procedimiento administrativo tiene en este caso una diferencia notoria en comparación con la imparcialidad en el proceso judicial. En el caso del procedimiento administrativo, la imparcialidad está pensada para no favorecer intereses privados, con motivo de la probidad. La administración debe atender al interés público *prima facie*, y no al interés privado. En ese sentido, y tal como la obra de Croley afirma, una buena regulación es la que incorpora los intereses de todos los sujetos afectados y favorecidos por una regulación.<sup>41</sup> En el caso particular de la normativa ambiental, esta al resguardar el entorno, inevitablemente es una disciplina que vela por el interés público de los ciudadanos en la medida que su tarea es asegurar un medio ambiente adecuado, o libre de contaminación según la nomenclatura chilena.

Con todo, cabe recordar que en el procedimiento administrativo la imparcialidad resulta ciertamente relativizada, pues la administración actúa como juez y parte y la consecución del interés público. (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 448) Así, para evitar una interferencia del interés privado del funcionario en la consecución del interés público, por causa de esta relativización, es importante consagrar el deber de abstención de este en estos casos eventuales. (GARCÍA DE

---

<sup>41</sup> *Supra*, p. 53.

ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 449; SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 39-40)

La primacía del interés público sobre el interés privado es inherente a la actuación estatal y la domina, en la medida que la existencia del Estado se justifica en la búsqueda del interés general, es decir, de la colectividad. El interés público estará extraído del ordenamiento jurídico y definido de forma casuista, siendo esa la mayor dificultad que los autores enfrentan para su definición. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 113) Pese a su indefinición, es imposible desconocer al interés público como un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen además de un interés propio un interés común. (ESCOLA, 1989, p. 31) Así, atender a éste es la finalidad de la Administración, y la superación del casuismo en caso de divergencias depende de los tribunales de justicia. (MARTIN MATEO, 1970, p. 94-95)

La imparcialidad en el proceso judicial, en cambio, estriba en que el conflicto intersubjetivo, jurídicamente relevante, debe ser resuelto por un tercero que no es parte ni está interesado en el resultado de la contienda. Los tribunales de justicia resuelven estos conflictos, los que pueden recaer específicamente sobre cuestiones de interés público como de interés privado.

Luego, la abstención aparece como el equivalente procedimental administrativo a las inhabilidades y recusaciones en el proceso judicial. La abstención se refiere a la idoneidad de los intereses de la autoridad que debe dictar el acto administrativo en cuestión, debiendo abstenerse de intervenir en el procedimiento administrativo. Por su parte, en el proceso judicial las inhabilidades y recusaciones apuntan a que, ante las causales expresadas en la ley que justifican una falta de imparcialidad del juez, este también debe abstenerse de conocer del litigio ventilado por las partes.

#### 4.5.10 Principio de eficiencia y economía procesal.

Este principio está contemplado en el artículo 2º párrafo único de la LPA-BRA, y en el artículo 9º de la LBPA-CHI. Este principio responde a la idea que el proceso es un medio que no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. (COUTURE, 1966, p. 189) Dicho de otro modo, es la obtención del máximo resultado procesal con el mínimo esfuerzo. (GUASP, 1968, p. 25) Así, las normas que regulan los diversos procedimientos deberían apuntar a medidas de

reducción de los costos, tales como la simplificación en las formas de debate, limitación de las pruebas, reducción de los recursos, economía pecuniaria (disminución de costas y expensas en casos de baja cuantía), tribunales especiales para conflictos de repercusión social alta y poca cuantía. (COUTURE, 1966, p. 189-190)

Con todo, la economía procesal no tiene un entendimiento totalmente pacífico en la doctrina administrativa, pues la eficiencia llevada hasta sus últimas consecuencias podría tensionar el principio de legalidad, al intentar sobrellevar una norma más allá de sus posibilidades interpretativas hasta infringirla, so pretexto de alcanzar un ahorro de costos en favor de la eficiencia del Estado. (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 441)

#### 4.5.11 Principio de escrituración

Este principio está contemplado en el artículo 5° de la LBPA-CHI, el que debe ser entendido conforme a los principios formativos de mediación e inmediación de la audiencia. La inmediación está asociada a la celeridad y a la oralidad del procedimiento, mientras que la escrituración a la mediación y al lato conocimiento. Una solución intermedia, que es la que debe adoptar un procedimiento de sustento escrito pero que visa a la celeridad de las actuaciones, es la protocolización, esto es, que las actuaciones se desarrollen oralmente, pero que se registre en formato escrito o en otro idóneo, que permita su reproducción posterior y que permita dar fe del desarrollo del procedimiento.

Con todo, cabe señalar que el método escrito que rige en la mayoría de los países hispanoamericanos disminuye la efectividad del principio de publicidad. (COUTURE, 1966, p. 193), eso, en el entendido que los expedientes que no son debidamente respaldados en medios digitales pueden ser el blanco de fraudes procesales, de ocultación, de adulteración.

#### 4.5.12 Principio de gratuidad

Este principio está contemplado en el artículo 6° de la LBPA-CHI. Como antecedente procesal civil a este principio encontramos el llamado beneficio de pobreza, consistente en la exención de los costos del proceso a aquellas personas que, por insuficiencia de recursos económicos, no pueden satisfacerlos. En caso contrario, se estaría incurriendo en la denegación de la defensa de los más necesitados. (GUASP, 1968, p. 581) En ese sentido, a través de este principio se pretende garantizar que el

procedimiento administrativo no sea causa de cargas económicas para los administrados. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 490)

En teoría, la gratuidad es de irrestricta aplicación en los procedimientos que sean restrictivos o ablativos de derechos a los Administrados, no así en los casos que éstos procuren algún beneficio del Estado. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 494) Sin embargo y pese a los casos en que la gratuidad debiera ser irrestricta, en la práctica la gratuidad se ve vulnerada flagrantemente, al exigir a los interesados tasas y tributos, los que la Administración autorizada a cobrar por normas de derecho estricto. (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 453-454)

#### 4.5.13 Principio de tramitación de oficio y celeridad.

Este principio está contemplado en el artículo 6° de la LBPA-CHI, y en el artículo 2° numeral XII de la LPA-BRA. La tramitación de oficio del procedimiento es un principio que se explica dentro de la dualidad entre el principio dispositivo e inquisitivo, antonimia propia de los principios formativos de procedimiento judicial. Con todo, la celeridad, tanto en el proceso judicial como en el procedimiento administrativo, responde al debido proceso de ley, en la medida que demoras injustificadas acarrearán situaciones injustas. (RAMOS, 2012, p. 35) Dicho de otra manera, la impulsión de oficio obedece a las exigencias propias del interés público, lo que da al procedimiento un carácter inquisitorial, (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 444-445) quedando la tramitación fuera de los arbitrios de los interesados. (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 53)

En el caso del procedimiento administrativo, los actos administrativos son la manifestación de voluntad del Estado, razón por la cual la tramitación de oficio es la regla general, con independencia de la actividad procesal de los administrados. Así, la impulsión de oficio es contraria al principio dispositivo, siendo una idea típica del proceso penal y de amplia aplicación en el proceso administrativo. (PARADA, 1999, p. 307) De la misma manera que la realización de un negocio jurídico depende de las voluntades de las partes que en él intervienen, los actos administrativos dependen de la actividad estatal, con miras a producir efectos jurídicos concretos. Aún más, considerando que los actos administrativos son útiles a la implementación de políticas públicas, su impulso procesal dependerá del Estado antes que de los particulares. (DAMAŠKA, 1986, p. 148-150)

La celeridad, concretamente, puede expresarse en diferentes cuestiones, tales como la simultaneidad de trámites en un mismo acto, la acumulación de autos administrativos, la no suspensión del procedimiento por regla general, y la preclusión de intereses no alegados oportunamente. (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 53) Con todo, es posible reconocer una notable excepción a la tramitación de oficio, consistente en los procedimientos cuyo acto terminal sean sólo en favor del interesado. En estos casos, la manifestación de voluntad miraría al interés de un particular más allá del bien común, motivo por el cual el interesado favorecido deberá conducir la actividad procesal. Esta idea, ciertamente se aplica a la obtención de autorizaciones administrativas.

#### 4.5.14 Principio de no formalización.

Este principio está considerado en el artículo 2º numerales VIII y IX de la LPA-BRA, y en el artículo 13 de la LBPA-CHI. La no formalización debe reconocer límites en los principios constitucionales dispuestos en favor de los administrados. En un sentido práctico, significa que la Administración no podrá atenerse a rigores formales al considerar las diferentes manifestaciones de voluntad de los administrados. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 490) La relajación de estos rigores puede explicarse, por ejemplo, gracias a los éxitos en la eficiencia obtenida por técnicas gerenciales privadas, las cuales podrían adaptarse, ciertamente, al proceso administrativo. (SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 27)

Con todo, a propósito de la relativización de las ritualidades estrictas, debemos evitar un *curriculum* oculto en la tramitación de los procesos administrativos, o si se quiere, la llamada administración paralela, propiciada en principio por ciertos apartamientos constitucionales tales como facultades judiciales ejercidas por la administración, reglamentos que pretenden asumir potestades legislativas, actos que se pretende sean exentos de control, judicial, o incluso vacíos legislativos que implican la inexistencia de la defensa del particular ante la Administración. (GORDILLO, 1995, p. 26) La existencia de la llamada administración paralela es particularmente sensible en el procedimiento administrativo en Latinoamérica, en vista de dos situaciones: la primera es que no todos los países han legislado profusamente al respecto, y en los casos que se ha legislado, los principios instituidos no siempre se condicen con la realidad administrativa, habiendo normas legales que no se cumplen, y normas reales que no están en la ley. (GORDILLO, 1995, p. 49-51)

#### 4.5.15 Principio de inexcusabilidad.

Este principio está contemplado expresamente en el artículo 14 de la LBPA-CHI. La inexcusabilidad es una idea propia del proceso judicial, referente a la obligatoriedad de dictación de una sentencia que resuelva el conflicto sometido al conocimiento de un tercero imparcial. En el caso del procedimiento administrativo, éste termina con la dictación de un acto que manifieste la voluntad del Estado. Así, la inexcusabilidad está relacionada a otros dos principios acá reseñados: la finalidad y la seguridad jurídica.

En sus orígenes, la inexcusabilidad, idea propia de los ordenamientos jurídicos republicanos, es expresión de la separación de poderes, dado que no le cabría al juez referirle una ausencia de ley al legislador, para que éste cree una norma *ad hoc* para resolver el litigio, pues estaría juzgando en caso de ausencia de norma, tal como ocurría en el derecho indiano con el principio de excusabilidad. (TOPASIO FERRETI, 1983, p. 163-164) Así, la obligación del juez dictar sentencia se consagra, normativamente, luego de los procesos independentistas en América Latina. En el caso particular de Chile, ello ocurrió con la dictación de las llamadas “leyes Marianas” de 1837, que permitieron la aplicación del derecho castellano e indiano en cuestiones de derecho privado, siempre que no contrariaran a las nuevas normas constitucionales de derecho público. (FIGUEROA, 1996, p. 194-195)

Esta obligación, según cierta doctrina y con la cual concordamos, es plenamente aplicable a los procedimientos no contenciosos, dado que, en lo particular, se le aplicarían supletoriamente las normas generales de los juicios contenciosos, y en lo general cabe siempre obtener un pronunciamiento administrativo conforme al derecho a petición. (FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2014, p. 51)

Su relación con la finalidad es que el procedimiento debe manifestar la voluntad de la Administración en un acto administrativo. De otro modo, el procedimiento carecería de sentido, siendo actividad inútil, inconducente a resultado práctico alguno.

La inexcusabilidad guarda una fuerte relación con la seguridad jurídica, en el sentido de otorgar certeza a los administrados respecto del resultado del procedimiento. Una falta de manifestación de la administración podría acarrear situaciones en las cuales los administrados no sepan jamás que tipos de beneficios o perjuicios pueden

esperar de la administración, teniendo limitaciones para crear y desarrollar un plan de vida en el que la Administración tiene la potencialidad de ejercer injerencia.

#### 4.5.16 Principio de impugnabilidad.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2º numeral X de la LPA-BRA, y en el artículo 15 de la LBPA-CHI. Éste se refiere, básicamente, al derecho al recurso para revertir un acto que perjudica al interesado en cuestión. Así, realizado el acto, la parte agraviada por él tiene, dentro de los límites que la ley le confiera, poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación. (COUTURE, 1966, p. 339) La idea de recurrir es muy antigua. Ya está contemplada en el Digesto 39;1, citando a Ulpiano. Acá se nos dice que la apelación es necesaria para revertir una sentencia, corrigiendo la injusticia o necedad de los juzgadores.<sup>42</sup> (JUSTINIANO, 1892, p. 812)

Con todo, es menester recordar que el recurso es sólo un mecanismo de impugnación propio del proceso. Así, en general, los actos que pierden su eficacia sólo cuando son objeto de una manifestación de voluntad de las partes interesadas, encaminadas a producir la ineficacia de los actos anulables. (ROCCO, 1959, p. 507) Luego, los recursos son una especie de manifestaciones de voluntad impugnadora, buscan dejar sin efectos una especie de actos anulables, a saber, los actos procesales viciados o que causan un agravio.

Específicamente en la Administración, esto se refiere al derecho del administrado a recurrir la decisión que le sea desfavorable, pues la posibilidad de revisión de los actos es una de las formas de reconocimiento de los derechos de los ciudadanos frente al Estado, ya fuere mediante los recursos dispuestos por la misma Administración. (BIELSA, 1966, p. 159-161) Deberá caber entonces la revisión del superior jerárquico, siempre que fuere solicitada, a menos que el órgano que dictó el acto a ser impugnado no tuviera un superior jerárquico. En estos casos, no habiendo norma especial, se debe iniciar un juicio contencioso administrativo ante los tribunales de justicia. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 488)

---

<sup>42</sup> Literalmente: *Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe quum inquietet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet; neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam.*

Los recursos son posibles, pese a la diferencia de la llamada jurisdicción voluntaria, en el sentido que se pueden aplicar analógicamente los recursos del código de procedimiento civil salvo que haya texto expreso, sin perjuicio que el mérito es diferente, al no constatarse un conflicto previo. (MARQUES, 1959, p. 305)

#### 4.5.17 Principio de transparencia y publicidad.

Estos principios están contemplados en el artículo 2º numeral V de la LPA-BRA, y en el artículo 16 de la LBPA-CHI. La publicidad, entendida como esencial al sistema democrático de gobierno, el que incluye tanto a los actos del poder ejecutivo, del legislativo, y también del judicial. Ésta constituye el más precioso instrumento de fiscalización sobre magistrados y defensores, dado que, en último término, el pueblo es el juez de los jueces. (COUTURE, 1966, p. 192-193) Como medidas concretas para asegurar este derecho, encontramos la exhibición del expediente, y la publicidad de las audiencias y debates ante la Corte. (COUTURE, 1966, p. 193) Con todo, la publicidad tiene límites en al momento de ventilar en juicio cuestiones propias de la intimidad de las personas, debiendo haber un criterio de prudencia para estos efectos. (COUTURE, 1966, p. 194)

En la administración, la publicación en su aceptación más básica y formal es la divulgación oficial del acto administrativo que sea de conocimiento público y logre producir sus efectos externos, ya que sólo por ello las leyes, los actos y los contratos administrativos adquieren validez universal pudiendo ser plenamente oponibles a terceros. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 100) Esto, dicho de otra forma, no es más que el principio de accesibilidad a los elementos del expediente. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 491)

Con todo, este principio admitiría ciertas excepciones, en caso de que la información del procedimiento sea sensible, esto es, cuya divulgación cause perjuicio a los interesados en cuestión, como podría ser el caso del secreto industrial. (GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1986, p. 451)

#### 4.6 Posibilidad de independencia del órgano, participación ciudadana e interés público a propósito de los principios del procedimiento administrativo.

Luego de revisar los principios que guían al procedimiento administrativo, es posible reconocer la independencia del órgano, la participación ciudadana y el interés público, elementos centrales para adaptar la teoría procesal administrativa, al menos, como formulaciones generales. Esto puede ser realizado en base a ciertos principios de los antes expuestos, siendo estos la legalidad entendida como juricidad, el interés público y la abstención, el contradictorio y amplia defensa.

En primer orden de cosas, el principio de legalidad, entendido como una cobertura normativa que permite la actuación de la Administración (cuestión contraria a una literalidad delimitadora de competencias, como ya se vio.<sup>43</sup> Así, y como ya señalé anteriormente, los principios nos ayudan para efectos interpretativos de las normas jurídicas procesales administrativas. De esta manera, la juricidad, entendida como el principio de la legalidad como una cobertura normativa de actuación, y no como una mera literalidad formal, nos sirve para dar alcance a los demás principios que han sido establecidos en el derecho positivo. A su vez, los principios positivizados, en general, sirven para interpretar las leyes administrativas.

Luego, sabiendo que no es fructífero enclaustrarse en la literalidad de las normas que explicitan principios, pues de hacerlo enquistaríamos las prácticas procesales, y con ello, debilitaríamos las posibilidades de adaptar la teoría procesal administrativa. Por el contrario, desde la juricidad podemos dar alcance y sentido a las normas que establecen los principios de interés público, abstención, amplia defensa y contradictorio para relacionarlos con las ideas fundantes de Croley de independencia del órgano, participación ciudadana e interés público.

A continuación, el principio de interés público y el principio de abstención conjuntamente justifican la independencia del órgano, en el sentido que habiendo un interés particular comprometido del funcionario que tome la decisión, podría procurarse por vía de recursos administrativos la abstención de éste. En términos teóricos, esto es una salvaguarda que tienen los administrados frente a la captura del tomador de decisión en la administración del Estado. Con todo, aparentemente este principio no es un resguardo suficiente si no se pone atención a la configuración del órgano, en su competencia, atribuciones y tutela. Para abordar cómo se resuelve la constitución orgánica, a propósito de la idea de autarquía, daremos más explicaciones en la sección

---

<sup>43</sup> *Supra*, pp. 87-88.

siguiente. Sin embargo, al menos en sede de principios, la abstención es la salvaguarda que podemos abordar en este apartado.

También, el principio de contradictorio y amplia defensa, en especial atención al concepto de interesado, están en equivalencia con la participación ciudadana requerida por Croley, necesaria para dar cabida a las críticas de la teoría procesal administrativa en Chile y Brasil. Según esos principios, el interesado tiene la obligación de ser oído en un proceso administrativo, y el derecho de ser informado de las gestiones que en el ocurran. Está claro que el procedimiento administrativo tiene un cariz inquisitivo, en el sentido que la actividad procesal es impulsada por el órgano que lo instruye. Sin perjuicio de ello, y especialmente en el caso de eventual o inminente ablación de derecho de un administrado frente a un procedimiento administrativo, éste tiene todo el derecho a ser informado de dichos autos, de formular observaciones, y en caso de que el acto terminal le genere un perjuicio, impugnarlo ante los tribunales de justicia por la vía de un juicio contencioso administrativo.

Finalmente, reconocido el interés público como principio fundante del procedimiento administrativo, encuentra equivalencia, tanto nominal como sustantiva, con lo propuesto por Croley. La Administración debe obedecer al interés general de los administrados, aún en contra del interés particular de determinados particulares. En ese orden de cosas, la independencia está en orden y la participación ciudadana están, en conjunto, orientadas a que la administración recabe la mayor cantidad posible de información, y pueda formular un acto terminal de mejor calidad técnica, que abarque, en lo posible, el conjunto de opiniones y vicisitudes de los interesados en el procedimiento. Con todo, el establecimiento del interés público como principio parece un contrasentido, dado que la satisfacción de éste es una finalidad, y no un principio de acción. Sin embargo, la consideración del mismo en la interpretación de normas le da un rol fundamental, precisando el alcance de leyes aplicadas al caso concreto.

Así, podemos decir, en suma, que la juricidad habilita a los interesados para requerir la abstención de un funcionario en un proceso administrativo, en caso de que éste tenga un interés particular en un procedimiento, garantizando algún grado de independencia. También la juricidad habilita a los interesados la participación en un procedimiento, estando así en vigor, en la práctica, la contradicción y amplia defensa en los procedimientos administrativos. Luego, habiendo independencia y participación, la administración debe procurar en sus actos administrativos terminales el interés

público gracias al ámbito de decisión que detenta, y gracias a la información aportada por los interesados.

Con todo, y como ya fui adelantando, la abstención por sí sola no es resguardo suficiente, pues debería, en principio, ser reclamada por algún interesado. ¿Qué ocurriría si un interesado, por diversos motivos, como corrupción o coacción, se ve impedido de reclamar el interés privado escondido del funcionario en cuestión? Como resguardo adicional, existe la configuración orgánica de los órganos tomadores de decisión como órganos autárquicos. Veamos a continuación como ocurre ello.

#### 4.7 La autarquía de los órganos licenciadores como resguardo de independencia.

Tanto en Brasil como en Chile existe una conformación orgánica de la administración que permite un grado de independencia similar al de las agencias estadounidenses. Este consiste en los órganos autárquicos, llamados en Chile de órganos descentralizados. El concepto de autarquía, en pocas palabras, es la capacidad de un órgano de la administración del Estado de ejercer funciones administrativas en forma paralela a la administración central, teniendo para ello personalidad jurídica diferenciada y patrimonio propio. A mayor abundamiento, se pueden señalar como elementos constitutivos de una autarquía los tres siguientes: el primero, es la personalidad jurídica propia; el segundo, es un sustrato económico financiero que permita la constitución de un patrimonio estatal de afectación a fines determinados, y; el tercero, es el cumplimiento de una finalidad específicamente estatal, es decir, ni industrial ni comercial. (CASSAGNE, 1993, p. 333)

##### 4.7.1 Desarrollo y recepción del concepto de autarquía en Chile y Brasil

A modo de antecedente, si bien en el caso de América Latina la tendencia general es hacia el unitarismo como forma de gobierno, siendo la descentralización territorial por vía del federalismo excepcionales en cuatro casos, a saber, Argentina, Brasil, México y Venezuela.<sup>44</sup> (QUIROGA LAVIE, 1991, p. 385) En ese orden de cosas, aparentemente la teoría procesal administrativa sería plenamente adaptable sólo

---

<sup>44</sup> En la Constitución Argentina, se determina como un Estado Federado según los artículos 1º, 5º y 121 al 128. En la Constitución brasileña según los artículos 1º, 18 y 19. En la Constitución de México según los artículos 40 y 41. Finalmente, en el caso de la Constitución de Venezuela el federalismo está dispuesto en los artículos 4º y 16.

en Brasil, y no en Chile, pues el primero sería un Estado Federado similar a los Estados Unidos, mientras que el segundo no.

Con todo, en una mirada más profunda, existe un punto de encuentro entre los diferentes derechos nacionales de ambos tipos de países. En el caso de los países unitarios latinoamericanos, incluido Chile, el centralismo queda sometido a una lectura o interpretación positiva al valorar sus resultados, en el sentido que se considera una descentralización atomizante del poder territorial, siempre que previamente se haya consolidado el Estado a partir de una eficaz y estructurada organización centralizada. (QUIROGA LAVIE, 1991, p. 385) Al menos en Chile, esta idea de partir de la centralización para organizar el Estado, para luego apuntar a una paulatina descentralización, tendría como modelo inicial la evolución administrativa de Francia (FERRADA BÓRQUEZ, 1999)

La tendiente descentralización, tanto en los modelos unitarios como en los modelos federados, encuentra una semejanza aún mayor no en la descentralización territorial, sino en la separación paulatina de las funciones ministeriales y de gestión. Así, si bien en un comienzo, los Estados Liberales continuaron con la herencia de las monarquías del modelo funcional de gobierno por ministerios, con diferentes carteras tales como hacienda, defensa, etc., este modelo se vio sobrepasado con el surgimiento de nuevas necesidades que debían ser resueltas, orientadas a la persecución de objetivos de bienestar y de los grupos requirió de la adaptación de las burocracias, creándose nuevos órganos gestores, diferentes de los ministerios, para resolver ese tipo de problemas, tales como empresas estatales o sociedades de derecho privado. (DE VERGOTTINI, 2004, p. 349-350) En este contexto, surgen las autarquías en las burocracias modernas.

Propiamente tal, podemos identificar el concepto de autarquía como obra de la doctrina administrativista italiana (LENTINI, 1939, p. 77) Sin embargo, y desde hace bastante, este tipo de personas morales del derecho administrativo encuentra símiles en Francia, a propósito de la caracterización de los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones, los cuales deben contar con patrimonio propio para efectos de satisfacer las necesidades de los administrados mediante el procedimiento técnico del servicio público. (JEZE, 1949, p. 30) También en Alemania, y desde antiguo, se reconocen personas morales con personalidad jurídica como expresión del cuerpo de la Administración propia, compartiendo la finalidad de realizar la administración pública.

(MAYER, 1954, p. 254) Con todo, al menos nominalmente y con mayor claridad, la doctrina italiana delineó el concepto de autarquía.

Para entender el concepto de autarquía administrativa, es importante diferenciarlo de otros muy similares que inducen a equívocos, ya que, ciertamente, es impreciso el término en sí mismo. (CASSAGNE, 1993, p. 329) Así, y en primer orden de cosas, autarquía es diferente de la autonomía. Ésta última se puede entender en dos acepciones: una amplia, que es la potestad de emanar normas jurídicas, atribuida a instituciones diversas del poder legislativo, y; una restringida, como la potestad normativa atribuida a los órganos auxiliares del Estado. (LENTINI, 1939, p. 44) En cambio, autarquía se refiere a la actividad administrativa, y no normativa, desarrollada por una persona jurídica de derecho público. Se recalca la importancia de que el órgano sea una persona jurídica diferenciada de la administración central. (LENTINI, 1939, p. 79) La razón de insistir en esta diferenciación es porque las autarquías son parte de la administración indirecta del Estado, esto es, que no están supeditadas directamente a un ministerio. (D'ALESSIO, 1949, p. 286-287) Entonces, si bien autonomía y autarquía no son excluyentes, no son lo mismo.

También es importante distinguir entre diferentes tipos de autarquía, a saber, administrativa, económica y política. Ya nos referimos a la autarquía en su sentido administrativo, en el párrafo anterior, como el desempeño de funciones administrativas de una persona jurídica de derecho público, diferenciada de la administración central. En cambio, la autarquía económica se refiere a la posibilidad de un grupo humano de auto sustentar sus propias necesidades. (COTRIM NETO, 1966, p. 210) Por su parte, y también diferente, la autarquía política se refiere a la posibilidad de que una autoridad ejerza funciones de gobierno directamente a nivel local. (COTRIM NETO, 1966, p. 210-211)

La autarquía, a su vez, puede clasificarse en dos tipos de acuerdo a su razón de ser: por una parte pueden distinguirse *ratione territorii*, según su ámbito territorial, que es la delegación de tareas administrativas a órganos locales; por la otra parte, se diferencian *ratione materiae*, o según su materia de competencia, (D'ALESSIO, 1949, p. 284; ALESSI, 1970, p. 139) procurando que un órgano con capacidades técnicas específicas pueda ser más eficaz y eficiente. Este texto se refiere al segundo caso, es decir, a las autarquías según la competencia por su materia. Aún más específicamente, se refiere a las competencias ambientales.

Respecto a la voluntad del este tipo de personas jurídicas, el que un órgano autárquico tenga personalidad jurídica propia no significa, bajo respecto alguno, que ejerza una voluntad propia, de manera contraria al Estado. Lejos de ello, el deber que tiene el órgano autárquico es ejercer sus competencias en favor del interés público frente a terceros, pero a un nivel más específico, razón por la cual su personalidad moral está ciertamente limitada. (ALESSI, 1970, p. 84) Así, para que el órgano actúe ceñido a los intereses generales, y no a los intereses particulares de sus funcionarios, se debe sujetar a mecanismos de control de sus decisiones, esto es, a una tutela jurídica de sus actuaciones. (D'ALESSIO, 1949, p. 456; MAYER, 1954, p. 256) Esta tutela jurídica sobre la autarquía puede expresarse de forma correctiva, inspectora o sustitutiva. (D'ALESSIO, 1949, p. 460)

En complemento de lo anterior, cabe también no confundir a las autarquías con personas jurídicas de derecho privado, asociaciones y fundaciones, incluso cuando éstas tengan participación, financiamiento o apoyo de entidades estatales según sea el caso, pues este tipo de personas jurídicas se crean por un negocio jurídico privado, para representar la voluntad de los miembros que la han constituido. No así los órganos autárquicos, pues representan la voluntad del Estado, y, además, se crean por un acto jurídico de derecho público. (CAMPOS, 1958, p. 171-172)

Sin perjuicio de los rasgos diferenciaciones de los órganos autárquicos, la complejidad de la administración sigue un proceso creciente de expansión orgánica y de diferenciación. Al menos, la evolución de las autarquías en Italia las llevó a un proceso de creación normativa de muchos y variados órganos, de diferentes características, lo que ha complicado su estudio. (SANDULLI, 1989, p. 544) Más adelante veremos cómo esta complicación de las autarquías se verifica en la coordinación necesaria en materias de evaluación ambiental.

Con todo, es pacífico en la doctrina brasileña moderna que las entidades autárquicas son creadas por ley específica, tienen personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio, capacidad de autoadministrarse bajo el control estatal y desempeño de atribuciones públicas típicas. Sin estas características no habría autarquía. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 441) Así, las autarquías funcionan como una verdadera *longa manus* de la administración, y se concretan de formas diversas, desmembrando las funciones administrativas del

Estado, diversificándose así a los fines que éste debe realizar. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 443)

Las autarquías no se encuentran integradas en la estructura orgánica del Estado, ni jerarquizados a cualquier jefatura, sino sólo vinculadas a la administración directa, diferente de la administración indirecta correspondiente a fundaciones, empresas públicas y sociedades de economía mixta. Por este motivo, el control es por regla general de legalidad y excepcionalmente de mérito, visando mantener las actuaciones institucionales dentro de las finalidades propias del órgano, encuadrado dentro de los planes globales de la Administración. (LOPES MEIRELLES, BURLE FILHO e ROSADO BURLE, 2016, p. 447)

En el caso de Chile, como una arquitectura institucional similar, encontramos los órganos descentralizados. Estos están definidos en el artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración el Estado (En adelante LOCBGAE-CHI), de la siguiente manera: “...los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial...” Más adelante, en el artículo 33, se establece que: “...La representación judicial y extrajudicial de los servicios descentralizados corresponderá a los respectivos jefes superiores...”

Dicho esto, existe la similitud de los órganos descentralizados en Chile con las autarquías en Brasil, en el sentido que tienen patrimonio propio y representación judicial propia, en el caso chileno, del jefe del servicio público respectivo. Con todo, no tienen autonomía presupuestaria, y su control y supervigilancia depende del ministerio específico al cual dicho órgano esté adscrito.

En términos generales, podemos asumir que existe un rango de cierta autonomía, tanto en las autarquías brasileñas como en los órganos descentralizados chilenos. Esto, en la medida que se les asegura patrimonio propio y su propia representación judicial. Esta autonomía, en la práctica, se vería acotada porque no tienen autonomía presupuestaria.

Dicho esto, cabe la pregunta acerca si la autarquía, así presentada, es similar o diferente a las agencias reguladoras que existen en Estados Unidos, contexto sobre el

cuál se erige la teoría procesal administrativa formulada por Croley. Veamos a continuación como puede sostenerse algún grado de equivalencia sobre el punto.

#### 4.7.2 Autarquía y agencia reguladora, a propósito de la adaptación de la teoría procesal administrativa al derecho administrativo continental en general.

Ya determinado lo que es una autarquía en el sistema brasileño, u órgano descentralizado en el caso chileno, cabe la pregunta acerca de si esta categoría es coincidente con la de agencia reguladora del derecho estadounidense. Esta pregunta no es baladí, ni en lo más absoluto, pues Croley trabaja su obra en base a la independencia de la agencia estadounidense. Así, en caso de no haber equivalencia entre autarquía y agencia reguladora, la tarea de adaptar la teoría procesal administrativa en un sentido orgánico sería muy complejo.

La respuesta a esta cuestión es que, ciertamente, la agencia reguladora del derecho estadounidense comprende las características del órgano autárquico del derecho continental. Es más, las supera, pues la agencia reguladora detenta tanto autarquía, esto es, ejercicio de competencias administrativas fuera de las estructuras de la administración central, como autonomía, que es atribuciones normativas. Aún más, las agencias detentan competencias judiciales y sancionadoras.

En primer orden de cosas y en general, las agencias estadounidenses están investidas con autoridad para regular actividades económicas de los individuos y sus respectivos negocios. Para ello, tienen poder normativo, sancionador y de juzgamiento en casos, sin ser que sean el senado, el ministerio público o un tribunal. (SCHWARTZ e WADE, 1972, p. 26) Puede causar extrañeza a un lector atento que se les llame “reguladoras”, siendo que tienen atribuciones más allá de las normativas. Sin embargo, se les llama así porque con sus diferentes actuaciones moderan el ejercicio de los derechos individuales de los ciudadanos. (SCHWARTZ e WADE, 1972, p. 26) Además, se entiende que la nomenclatura “reguladora” está dispuesta para distinguirlas de otras agencias que ejercen la función prestacional del Estado. (SCHWARTZ e WADE, 1972, p. 26) La independencia de la agencia, tanto en su sentido orgánico y funcional, está determinada formalmente por los estatutos que las crean.

La razón del surgimiento de las agencias reguladoras en los Estados Unidos responde a la creciente complejidad de las industrias, las cuales frecuentemente alcanzaban un marco normativo altamente técnico. Luego, los problemas propios de

cada rubro productivo debían ser estudiados y normados de manera especializada, siendo las agencias órganos con experticia técnica los destinados a tal cometido. (WORSNOP, 1969)

Para moderar los derechos individuales de los ciudadanos, y en términos generales, las agencias disponen de tres tipos de competencias: la primera, es de licenciamiento o autorización de diferentes actividades económicas; la segunda, es la de “*rate making*”, esto es, de formulación de tasas o cargos a ciertos productos o servicios, para efectos de asegurar las consecuencias nocivas que implican, y; la tercera, es la de “*power over business*” para efectos de ejercer cierta labor de fiscalización, sanción y regulatoria sobre ciertos ámbitos del emprendimiento privado. (SCHWARTZ e WADE, 1972, p. 29) Dicho de otro modo, las agencias tienen competencias cuasi-judiciales y cuasi-legislativas. (WORSNOP, 1969)

La independencia del órgano se entiende, entonces, en que las agencias, pese a ejercer ciertas actuaciones administrativas, normativas o de juzgamiento, no se encuadran dentro de ninguno los tres poderes tradicionalmente diferenciados en la Constitución, a saber, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, sin que estén bajo la supervisión directa del presidente, y contando con cierto grado de independencia en las leyes que las consagran, lo que ha sido consagrado por la jurisprudencia estadounidense, de forma consistente, desde el caso *Humphrey's Executor v. United States* de la Corte Suprema, del año 1935.<sup>45</sup> (SCHWARTZ e WADE, 1972, p. 30; WORSNOP, 1969) Con todo, esa independencia, y su ampliación en cada vez más agencias de diferente competencia de acuerdo con la materia que tratan, hacen que la coordinación de sus actuaciones sea compleja. (SCHWARTZ e WADE, 1972, p. 31; KAGAN, 2000-2001, p. 2272-2282)

A modo de suma, es posible entender que las agencias reguladoras estadounidenses tienen un amplio rango de competencias, tanto administrativas, como normativas y de juzgamiento. Si revisamos las competencias que éstas detentan,

---

<sup>45</sup> Este precedente, conocido como *Humphrey case*, consistió en la impugnación sobre remoción del director de la Comisión Federal de Comercio (FTC) que intentó, en ese entonces, el presidente Roosevelt. La razón argumentada por el presidente era que las agencias tenían una independencia limitada por la tutela del Ejecutivo, poder del Estado que debía ejercer la supervisión de las competencias especializadas dentro de los márgenes legales. En el caso concreto, el presidente Roosevelt argumentó que la destitución procedía porque el director de la FTC no siguió las directrices legales para implementar las políticas públicas del *New Deal*. Con todo, la Corte Suprema entendió que la independencia de las agencias, en el ejercicio de sus competencias, no podía ser tutelada directamente por el presidente. Para más información véase: (UNITED STATES OF AMERICA, 1935)

siguiendo la nomenclatura administrativa italiana adaptada tanto en Chile como en Brasil, tienen autonomía y autarquía. Detentan autonomía, pues las agencias estadounidenses pueden normar ciertos aspectos técnicos dentro de las materias que sean de su competencia, y autarquía pues pueden realizar labores administrativas de inspección, fiscalización, sanción y autorización. Además, dado que no son supervisadas por el poder ejecutivo directamente, las coloca en una situación similar a los órganos autárquicos que forman parte de la administración indirecta. En ese sentido, y en términos generales, la independencia de los órganos autárquicos brasileños, de los órganos descentralizados chilenos y de las agencias reguladoras estadounidenses pueden verse como aptas para guardar cierto ámbito de autonomía en sus decisiones.

Una vez revisada la posibilidad de adaptar en términos general, tanto a nivel de principios como a nivel de configuración orgánica, las ideas centrales de la teoría procesal administrativa de Croley, esto es, la autonomía del órgano, la participación ciudadana y el interés público involucrado, cabe revisar los órganos autárquicos en materia ambiental tanto en Chile como en Brasil, y revisar sus respectivos procedimientos de licenciamiento ambiental, para verificar si estas tres ideas encuentran un correlato normativo en la normativa especial.

#### 4.8 Generalidades sobre la evaluación de impacto ambiental

La evaluación de impacto ambiental es una actividad administrativa de autorización, cuya finalidad es permitir la realización de una actividad productiva, siempre que esta se haga cargo de las consecuencias que pueda generar al entorno, y consecuentemente, a la salud humana, animal, vegetal y a los recursos naturales. Es un procedimiento administrativo complejo, el cual involucra el pronunciamiento de otros órganos de la administración del Estado, además de considerar, según sea el caso, la participación ciudadana.

La evaluación de impacto ambiental, en la teoría, está pensada para funcionar a diferentes niveles o ámbitos administrativos, ya fuere en países de estructuras unitarias o federales, (GILPIN, 2000, p. 96-97) siendo así un instrumento adaptable a diferentes sistemas jurídicos. Las evaluaciones toman en cuenta tanto impactos en los ecosistemas de una localidad, tales como disminuciones del valor estético, recreacional, científico, especies amenazadas de flora o fauna, y también efectos adversos en las comunidades humanas de orden estético, antropológico, arqueológico, cultural, histórico, científico y social. (GILPIN, 2000, p. 97)

Más específicamente, los tipos de impacto ambiental que son evaluados pueden ser clasificados en cuatro categorías: el primero, son los impactos directos, que son los causados inmediatamente al entorno por un emprendimiento, como por ejemplo los efluentes de una planta industrial a un curso de agua. En segundo orden, encontramos los impactos indirectos (también llamados secundarios) que son aquellos causados más allá de los impactos directos, como resultado de consecuencias complejas del proyecto. Así, podría ser un impacto indirecto, por ejemplo, la pérdida de la calidad del agua a causa de efluentes que aumentan la temperatura aguas abajo. En tercer lugar, existen los llamados impactos acumulativos, vale decir, los que se suman a los impactos preexistentes, combinándose y provocando nuevos o mayores impactos a los que, por sí sólo, causaría el nuevo proyecto sometido a evaluación. En cuarto lugar, existen los impactos inducidos, que son aquellos que eventualmente podrían ocurrir, sin guardar una relación directa con el proyecto evaluado. Por ejemplo, el desarrollo de un proyecto puede acarrear consecuencias eventuales como el aumento de la densidad poblacional a su alrededor, a causa de una especulación inmobiliaria no prevista por el emprendedor. Los efectos inducidos se pueden diferenciar de los impactos indirectos porque son aún más difíciles de predecir gracias a su eventualidad. (MAREDDY, 2017, p. 10-11)

En general, la creación de medidas para la protección del ambiental obedece a la fijación de responsabilidades de los impactos ambientales, debiendo tratarlos éstos, en lo posible, en su fuente de origen, o si en caso de no ser posible, con una debida compensación de estos impactos. También obedece a la aceptación de los costos ambientales de los diferentes emprendimientos, y a un debido proceso legal para la realización de cambios correctores, en favor del cuidado del entorno. (COMITÉ DE ESTUDIOS DE LOS PROBLEMAS CRÍTICOS DEL AMBIENTE, 1976, p. 35-37)

En ese orden de cosas y a la fecha, la evaluación de impacto ambiental consiste en una de las mejores estrategias para la prevención de daños ambientales, tanto en los casos que haya certidumbre sobre los efectos adversos de una actividad, como en los sus efectos nocivos cuya exacta dimensión se desconoce. (LEUZINGER e CUREAU, 2008, p. 50)

Es posible reconocer diferentes tipos de evaluación de impacto ambiental, según el objeto evaluado y su extensión. En primer lugar, existe la llamada evaluación estratégica de impactos ambientales, destinada a evaluar políticas, planes y programas,

en orden a colaborar con el proceso político de toma de decisiones. Este tipo de evaluación está asociado a un instrumento ambiental en particular, a saber, la evaluación ambiental estratégica. (MAREDDY, 2017, p. 7)

En segundo lugar, encontramos la evaluación de impactos regionales, destinadas a integrar las diferentes preocupaciones ambientales de una cierta unidad geográfica y administrativa, intentando integrar ciertas vocaciones productivas ésta. En ese orden de cosas, los instrumentos de ordenamiento territorial serían los que ayudan a la evaluación de impactos regionales. (MAREDDY, 2017, p. 8)

En tercer lugar, encontramos la evaluación de impacto ambiental sectorial. Este tipo de evaluación está destinada a evaluar las consecuencias ambientales de los proyectos de un área o rubro específico, o que afectan especialmente a un recurso natural en particular. Para este tipo de evaluación de impacto ambiental sectorial existen, valga la redundancia, los instrumentos ambientales sectoriales, como los planes de manejo. (MAREDDY, 2017, p. 8)

En cuarto orden, encontramos la evaluación de impacto ambiental por proyecto. Este tipo de evaluación se ocupa de estudiar y anticipar los impactos ambientales de un proyecto de una cierta magnitud, el cual puede, eventualmente, afectar diferentes tipos de recursos naturales, o tener variedad de impactos sociales, estéticos y culturales. Este tipo de evaluación de impacto ambiental obedece a la evaluación de impacto ambiental propiamente tal, sujeta a una técnica de autorización de un emprendimiento, y es al que se refiere la presente tesis. (MAREDDY, 2017, p. 8)

Finalmente, existe la evaluación ambiental del ciclo de vida de una actividad o producto. En este tipo de anticipación de consecuencias, se aplica a procesos económicos completos de producción, intercambio, consumo y disposición final de ciertos bienes, cuya producción acarrea consecuencias ambientales considerables. A este tipo de evaluación están asociado instrumentos que atienden a la responsabilidad extendida del productor, a propósito de bienes cuya disposición puede ser altamente contaminante, como es el caso de las baterías. (MAREDDY, 2017, p. 8)

Luego, sobre la evaluación de impacto ambiental por proyectos, se entiende que ésta debe ser efectuada en torno a cuatro puntos fundamentales, a saber: la identificación de las causas y de los efectos de los perjuicios ambientales; la predicción o cálculo de los efectos y magnitud de los indicadores de impacto; la interpretación de

los efectos ambientales, y; la prevención de éstos. (ESTEVAN BOLEA, 1977, p. 24-25) No en vano, se reconoce que la Evaluación de Impacto Ambiental tiene un enfoque preventivo, pasando desde un paradigma jurídico de la reparación de daños por el ejercicio de la indemnización, a uno anticipador de daños e incertidumbres. (LORENZETTI, 2008, p. 113)

Dada esta vocación preventiva, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental busca generar una relación positiva entre los beneficios económicos y sociales resultantes de la instalación de un emprendimiento y los impactos ambientales que afectan la salud de las comunidades vecinas. (BERNARDINI SEIFFERT, 2011, p. 148)

Desde el punto de vista jurídico y procedimental, la evaluación de impacto ambiental requiere de un documento técnico con valor legal, que inicialmente se puede llamar de “declaración de impacto ambiental”<sup>46</sup> según la nomenclatura de los Estados Unidos, (HICKOK, 1996, p. 35-36) consistente en un informe exigido por la Administración que deberá ser dispuesto al público, en el que el titular de proyecto aborde las externalidades negativas de su emprendimiento, para que así puedan ser adoptadas medidas que permitan su internalización. (ESTEVAN BOLEA, 1977, p. 77) Dicho de otra forma, la declaración de impacto ambiental es, en términos genéricos, un documento comúnmente requerido por una determinada legislación en el que constan lo méritos y deméritos ambientales de una propuesta de actividad productiva, programa y política, con la finalidad de ser aceptada o rechazada por el órgano competente respectivo.

La declaración de impacto ambiental documento es un insumo dentro de otros que preceden a la decisión administrativa final, (GILPIN, 2000, p. 103) y debe cubrir, según su formulación original en los Estados Unidos, los siguientes puntos: los impactos ambientales de la actividad propuesta; cualquier impacto ambiental adverso que no pueda ser evitado, en caso que la propuesta fuere implementada; alternativas razonables a la acción propuesta; la relación entre los usos locales del ambiente humano al corto plazo y el mantenimiento y alcance de la productividad al largo plazo, y; cualquier compromiso irreversible e irrevocable de recursos que pudiere ser involucrado en la acción propuesta, caso sea implementada. (SPENSLEY, 2014)

---

<sup>46</sup> Literalmente: *environmental impact statement*

Desde el punto de vista técnico, un procedimiento de evaluación de impactos ambientales debe cubrir los siguientes pasos o etapas: primero, la realización de un examen de procedencia, llamado “*screening*”, que determina si la envergadura e impactos previstos para el proyecto hacen necesaria su evaluación ambiental, de modo que los proyectos con impactos pequeños o marginales deberían acogerse a autorizaciones sectoriales, u otro tipo de permisos según sea el caso. (MAREDDY, 2017, p. 12) Dicho de otro, se refiere a la procedencia o no del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Sobre el “*screening*” o procedencia de la evaluación, desde una perspectiva jurídica, es posible identificar dos opciones o técnicas legislativas. La primera, llamada “modelo norteamericano”, obedece al establecimiento de criterios de orden discrecional, en los que la autoridad ambiental deberá decidir si procede o no la evaluación ambiental. En cambio, el llamado “modelo europeo” establece listas taxativas sobre los proyectos que deberán someterse a evaluación. (ASTORGA JORQUERA, 2017, p. 161)<sup>47</sup>

En segundo lugar, se debe realizar un examen de ámbito o “*scoping*”, esto es, determinar el área de influencia y los componentes ambientales que el proyecto afectaría en caso de ser ejecutado. En tercer lugar, debe determinar una línea de base, esto es, determinar el estado del medio ambiente del lugar sobre el cual se emplazará el proyecto. Si se quiere, esto es una especie de “fotografía” del entorno sobre el cual se emplazará el emprendimiento a ser evaluado. En cuarto orden, se deben identificar los impactos del proyecto, tanto adversos como benéficos. En quinto lugar, se revisa una comparación de las alternativas de impactos predichos y la determinación de su significancia, poniendo atención a las incertezas envueltas en el desarrollo propuesto, y comparando diferentes impactos y medidas. En sexto lugar, se deben considerar las medidas de mitigación adecuadas a las alternativas de impactos escogidas. En séptimo lugar, se debe consultar a la población que será afectada por el proyecto, informándola

---

<sup>47</sup> El citado autor adscribe a la tesis que existen diferentes modelos jurídicos de procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Con todo, en consonancia con la teoría de los orígenes de North (*supra*, pp. 40-41), el modelo trasplantado sería sólo uno, y lo que variaría serían sus diferentes adaptaciones locales. Si bien es muy acertada la diferenciación entre criterios de procedencia de la evaluación, estimo precipitado afirmar que ello es un rasgo diferenciador a nivel comparado para hablar de dos modelos, precisándose de más profundidad en dicho estudio. Para más información sobre la idea norteamericano de procedencia de la evaluación basada en criterios, véase (SPENSLEY, 2014, p. 639-641) Para efectos de revisar un ejemplo de causales taxativas de procedencia de la evaluación, véase: (UNIÓN EUROPEA, 2014; UNIÓN EUROPEA, 2011)

del proyecto, y recogiendo la información y observaciones que puedan mejorar la evaluación del proyecto en su ejecución. (MAREDDY, 2017, p. 12)

La evaluación de impacto ambiental, en cuanto procedimiento, termina con un documento que complementa y mejora la información dispuesta en el documento inicial de declaración de impacto ambiental, el cual contiene información de todos los insumos adicionados a lo largo de la tramitación administrativo, el que posee recomendaciones al tomador de la decisión a cargo del proyecto, entregando así información sobre las consecuencias de la actividad propuesta, alternativas a ésta. (SANDS, 2003, p. 800)

Este documento, producto del procedimiento de evaluación, puede variar su nombre, dependiendo de la normativa y del país que lo realice. (WATHERN, 1990, p. 6-7)<sup>48</sup> Su función es recomendar al tomador de decisión aceptar el proyecto o rechazarlo, en la medida que logre hacerse cargo satisfactoriamente o no de las consecuencias ambientales previstas. (GILPIN, 2000, p. 97)

Para que la evaluación de impacto ambiental sea exitosa, una cuestión fundamental es que sea realizada con una debida diligencia (“*environmental due diligence*”) con relación a los fines que persigue este procedimiento, no sólo para poder hacerse cargo de sus consecuencias adversas, sino para entregar garantías a los inversionistas involucrados en el proyecto, de modo que su ejecución sea exitosa y rentable. Esta debida diligencia puede, en casos, ser compleja si un determinado Estado no ha reglamentado debidamente la evaluación de proyectos, más allá de las prácticas impuestas por acuerdos de producción de una determinada organización privada para estos efectos. (MAREDDY, 2017, p. 17-18)

#### 4.8.1 Antecedentes de la evaluación de impacto ambiental

El origen de la evaluación de impacto ambiental la encontramos en los Estados Unidos en la *National Environmental Policy Act* de 1969, siendo la primera norma en el mundo que crea este procedimiento administrativo especial. Con posterioridad, este instrumento ha sido adoptado en diferentes países para efectos de prever los impactos ambientales de sus actividades productivas, siendo pioneros en este reconocimiento Canadá con la *Canadian Environmental Assessment Act* de 1973, y Nueva Zelanda y Australia adoptando leyes para estos fines en 1974, (PETTS, 1999, p. 4) verificando así

---

<sup>48</sup> Por ejemplo, en inglés, y según el citado autor, dicho documento puede ser llamado de “*environmental assessment*” o de “*environmental appraisal*”.

una tendencia clara y progresiva para normar la evaluación de impacto ambiental. (WOOD, 1999, p. 12) En el caso de América Latina, los primeros países en incorporar la evaluación ambiental fueron Colombia en 1974 (WATHERN, 1990, p. 3) y Brasil en 1980, mientras que Chile sólo vino a legislar sobre el punto en 1994. (GILPIN, 2000, p. 107)

Hacia comienzos de este milenio, ya era reconocido este instrumento de gestión ambiental en las legislaciones de al menos 100 países, (PETTS, 1999, p. 4) lo que se debe, ciertamente, a una agenda política de compromisos internacionales para que diferentes Estados apliquen este procedimiento administrativo en su derecho interno, adaptándolo a sus propias vicisitudes legales, (PETTS, 1999, p. 9; CRAIK, 2008, p. 24) lo que es apoyado, por ejemplo, por organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud en la resolución de la Asamblea Mundial de la Salud 37.17 (WHO, 1982; GIROUT, 1990, p. 257-258), el Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente, (UNEP, 1987; UNEP, 2004, p. 3-5) y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OECD, DEVELOPMENT ASSISTANCE COMMITTEE, 1992, p. 7-9) o Así, por ejemplo, en el caso particular de Chile, la suscripción de tratados de libre comercio en los años noventa del siglo pasado significó una modernización de su normativa ambiental, (ARANDA ORTEGA, 2015, p. 145-146) y como consecuencia, la adopción de la evaluación de impacto ambiental de actividades productivas.

A nivel internacional, se ha reconocido a la evaluación de impacto ambiental en diferentes instrumentos jurídicos,<sup>49</sup> aportando, más allá de un procedimiento de evaluación de impactos ambientales transfronterizos en áreas que son patrimonio común de la humanidad, contenido y sustancia a los procedimientos domésticos de evaluación de impacto ambiental, mediante la consagración de valores que devienen de los principios jurídicos ambientales que contienen estos instrumentos. (CRAIK, 2008,

---

<sup>49</sup> A propósito de la consideración de la evaluación de impacto ambiental en instrumentos de derecho internacional de alcance global, pueden citarse, por ejemplo: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, artículo 206; Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente de 1991, artículo 8; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, artículo 4.1.f; Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, principio 17. Para más información al respecto, véase: (MORGAN, 2012, p. 6) Con alcance regional en Latinoamérica, puede citarse el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR de 2003, anexo 3.b, y más recientemente, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe de 2018 en su artículo 6.3.h. Para más información y una lista detallada de instrumentos, véase: (CRAIK, 2008, p. 283-293) y (SANDS, 2003, p. 801-807)

p. 262-264) Actualmente, la comunidad internacional, junto con la participación de otros actores particulares, ha colaborado en el desarrollo y aplicación de los principios y reglas del derecho ambiental internacional. (SANDS, 2003, p. 15)

En ese orden de cosas, existe un reconocimiento tanto doméstico como internacional de la necesidad e importancia de la evaluación de impacto ambiental (MORGAN, 2012, p. 6; SANDS, 2003, p. 799-800) y, consecuentemente, de la necesidad de disciplinarla jurídicamente.

Con todo, y sin perjuicio de las bondades ambientales que la globalización de la evaluación de impacto ambiental puede traer, cabe señalar que muchos de los países que adoptan esta agenda global de modernización ambiental *top-down* carecen de los medios necesarios para poder hacerse cargo de la evaluación de impacto ambiental, lo que dificulta su efectividad. (HIRONAKA, 2002, p. 75) En ese sentido, la evaluación de impactos ambientales a países en vías de desarrollo requiere de mejoras en los marcos institucionales existentes para que el instrumento sea efectivo, requiriendo de mejor educación y de mejores canales de difusión de la información. (LOSTARNAU, OYARZÚN, *et al.*, 2011, p. 2471)

#### 4.8.2 Justificación de la evaluación de impacto ambiental

Las razones que justifican la implementación de algún mecanismo administrativo de evaluación de impacto ambiental son básicamente las tres siguientes: la primera, es la minimización de las consecuencias negativas para el medio ambiente de un proyecto que conlleve consecuencias ambientales, debido al enfoque preventivo de este instrumento. De la misma forma, también se procura que se maximicen las consecuencias ambientales benéficas del mismo. (MARSHALL, ARTS e MORRISON-SAUNDERS, 2005, p. 178) Así, se reconoce un especial esfuerzo en la superación de la pobreza por causa del deterioro del ambiente, dado que normalmente las personas con más carencias suelen sufrir con mayor intensidad los impactos ambientales, razón por la cual la evaluación de impacto ambiental debe apuntar a mejorar las condiciones de vida de los más necesitados, colaborando a erradicar la pobreza mediante un enfoque integrador que contemple las consecuencias sociales de los proyectos evaluados. (UNEP, 2004, p. 5,116)

La segunda razón que justifica la existencia de la evaluación de impacto ambiental es la transparencia y apertura de los procedimientos asociados, de modo de

modo de permitir la participación de los interesados. (MARSHALL, ARTS e MORRISON-SAUNDERS, 2005, p. 178) Como tercera razón de la evaluación de impacto ambiental, es la de ofrecer garantías de estabilidad sobre la tramitación de éste, de modo de ofrecer a los interesados un procedimiento administrativo preestablecido, enfocado a una resolución final sobre el mismo, y en caso de ser ésta positiva, de fiscalizarla. (MARSHALL, ARTS e MORRISON-SAUNDERS, 2005, p. 178)

Idealmente, el contenido de la evaluación debería atender a ciertas características que contribuyen a su eficacia, a saber: que la evaluación sea apropiada al contexto social y cultural en el cual se aplica; que considere impactos acumulativos y la sustentabilidad; que sea oportuno, adaptativo a las nuevas circunstancias y orientado a la acción, y; que promueva el aprendizaje continuo de las experiencias previas para mejorar las prácticas futuras. (MARSHALL, ARTS e MORRISON-SAUNDERS, 2005, p. 179)

#### 4.8.3 Críticas a la Evaluación de Impacto Ambiental

Pese a todo, y sin prejuicio de su internacionalización y reconocimiento internacional, los procedimientos de evaluación de impacto ambiental han sido objeto de críticas. Desde el punto de vista del emprendedor, estos procedimientos pueden demorar mucho, generando un costo en tiempo que, siendo mal gestionado, puede desalentar la inversión. También pueden ser costosos en dinero. Desde el punto de vista de los interesados, la participación ciudadana, en casos, puede ser poca e insuficiente, y al ser un proceso de análisis técnico y científico se complica mucho su acompañamiento. Desde el punto de vista del Estado, también puede ser un procedimiento complejo, en el sentido que en ocasiones (especialmente en países en vías de desarrollo) no hay disponibilidad de datos confiables para la evaluación. (MAREDDY, 2017, p. 14) También la Administración del Estado puede tener problemas para disponer la información a los ciudadanos, siendo en casos ofrecida en volúmenes abultados, sin una explicación inteligible para el público general. También es una crítica que la Administración tenga dificultades para monitorear y asegurar el cumplimiento de las obligaciones que devienen de la evaluación de impacto ambiental. (MAREDDY, 2017, p. 14) Ciertamente, y desde un punto de vista práctico, para lidiar con este tipo de cuestiones, parece razonable buscar, en el marco de los procedimientos legales, mecanismos que faciliten la socialización de la información de proyectos, mediante documentos alternativos alusivos a la evaluación de impacto ambiental que

sean fáciles de entender por los interesados, fomentando, en lo posible, la descentralización de la toma de decisiones. (LAWRENCE, 2003, p. 313-314)

Otra crítica posible para la evaluación de impacto ambiental es su carácter estático, dado que la evaluación de un momento determinado del entorno y los impactos que recibe están acotados a un momento en especial, es decir, a una percepción estática del ambiente, mientras que los ecosistemas son esencialmente dinámicos, estos van variando con el transcurso del tiempo. (WATHERN, 1990, p. 8) Con todo, y si bien el presente texto no se hará cargo de esta crítica, es posible superar este tipo de inconvenientes a la evaluación de impacto ambiental bajo el enfoque del manejo adaptativo de los ecosistemas, que permite acomodar los diferentes instrumentos según las circunstancias ambientales van variando. (LEE, 1999, p. 2; WALTERS, 1986, p. 7-8)

Otra crítica posible, desde el punto de vista teórico de la economía ambiental, es que la evaluación de impacto ambiental no necesariamente funciona internalizando los impactos ambientales, como ocurre en los llamados instrumentos de mercado. (BOWERS, 1997) Dicho de otro modo, es criticable que la evaluación de impacto ambiental no es una solución de mercado para alcanzar la sustentabilidad, operada entre privados. Por el contrario, ésta es una técnica administrativa de autorización de comando y control, o si se prefiere, en una terminología más afinada, como una regulación directa de actividades contaminantes. (HOLDER e LEE, 2007, p. 352-353)

Dentro de las razones expuestas para la evaluación de impacto ambiental, y las críticas que sufre, puedo señalar que es de interés para el presente trabajo la apertura y transparencia de los procedimientos, para efectos de poder adaptar la teoría procesal administrativa de Croley, permitiendo la participación ciudadana. A continuación, revisaré ciertas generalidades de ésta, para luego abordar los actores involucrados, los elementos contextuales, y sus objetivos asociados en la evaluación de impacto ambiental.

#### 4.8.4 Sobre cómo es considerada la evaluación de impacto ambiental en la ley.

La consagración jurídica de la evaluación de impacto ambiental, para que sea exitosa tanto a nivel legal como reglamentario, debe determinar con anterioridad al examen de un proyecto, al menos, los siguientes puntos mínimos: 1.- qué tipo acciones propuestas e impactos deberán ser evaluados; 2.- cuáles serán requisitos y

procedimientos que den curso a la evolución, esto es, cómo ésta se tramitará; 3.- cuál será la asignación de responsabilidades y tareas a los órganos de la Administración del Estado, del titular del proyecto y de los demás interesados; 4.- qué tan vinculante será la evaluación, esto es, si es vinculante para el órgano tomador de decisión, o si es una recomendación, o si, en caso de ser posible contrariarla, deba hacerse bajo una justificación; 5.- cuáles mecanismos de cumplimiento y fiscalización permitirán hacer un seguimiento del funcionamiento del proyecto, de modo que el proyecto se ejecute en los términos que fue aprobado. (UNEP, 2004, p. 16; SADLER, 1998, p. 35-36)

Ciertamente, y a propósito del contexto normativo de los procedimientos administrativos para evaluar impactos ambientales, es pacífico (y también una cuestión fácil de entender) que el derecho ambiental en general ha cambiado el rol de los tribunales de justicia y de los órganos de la administración del Estado envueltos en los conflictos ambientales, gracias a que los procedimientos administrativos son abiertos y que sus resoluciones son susceptibles de impugnación judicial en caso de no cumplir con las ritualidades que faciliten la participación ciudadana. (HICKOK, 1996, p. 2)

#### 4.8.5 Sobre de la participación ciudadana en la Evaluación de Impacto Ambiental

La participación ciudadana en la evaluación de impacto ambiental aparece como una constante en los países desarrollados. (WOOD, 1999, p. 29-30) Si bien en un comienzo la evaluación de impacto ambiental obedece a un procedimiento técnico y científico, la incorporación de la participación ciudadana en éste lo ha convertido también en un procedimiento de toma de decisión. (WATHERN, 1990, p. 5) Pese a ello, también es reconocido que la participación ciudadana es un concepto bastante ambiguo, y consecuentemente, las formas de medir su efectividad también. Esto puede ocurrir por la gran cantidad de instrumentos que se valen de ella, (ROWE e FREWER, 2005, p. 251-252) tales como la evaluación ambiental estratégica, la evaluación de impactos sociales, la creación de normas ambientales, la consulta indígena, sólo por nombrar algunos. Pese a esta indefinición, no olvidemos que en el presente texto estamos trabajando principalmente dentro que hemos llamado procesal sustancial, para efectos de criticar la captura del órgano por parte de los grupos de interés especial, en el marco de la lógica de la acción colectiva.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> *Supra*, pp. 17-20.

A mayor abundamiento, a propósito de la Convención de Aarhus de 1998, es posible establecer tres niveles en los cuales ocurre la participación ciudadana en materias ambientales. En un primer nivel, existe el acceso a la información ambiental, la que le permite a los interesados conocer y tener noticias sobre de las decisiones que ocurrirán en su entorno, y en qué medida les afectarán. En un segundo nivel, encontramos la participación propiamente tal que se refiere a la posibilidad, en mayor o menor grado, que los interesados detentan para intervenir en la formulación de esas decisiones. Finalmente, existe el llamado acceso a la justicia ambiental, que es la posibilidad que tienen los afectados por una decisión final de impugnarla ante terceros imparciales, siendo normalmente éstos los tribunales de justicia. (HOLDER e LEE, 2007, p. 86) La importancia de esta consideración es que podremos tener un abordaje propio de la teoría procesal administrativa, a propósito de un concepto procesal sustancial de la participación ciudadana como el propuesto, para abordar tanto el acceso a la información, la participación propiamente tal y la impugnación ante los tribunales por la vía del procedimiento contencioso administrativo.

Con todo, y aun teniendo presente el recorte antedicho, se entiende que la participación ciudadana en la evaluación de impacto ambiental es bidireccional, esto es, que los participantes pueden formular algún tipo de observación y el encargado de promover la participación, además de recibir estas observaciones, debe atender a ellas de alguna forma, con algún tipo de respuesta y estableciendo diálogo. (ROWE e FREWER, 2005, p. 255-256)

No hay forma de determinar, unívocamente, si la participación ciudadana cumple los objetivos que se ha propuesto de antemano, ya fueren como participación procedimental o como resultados específicos u *outcomes*, independientemente de si ésta se efectuó mediante audiencias públicas, talleres, o mediante comités de asesoría ciudadana. (CHESS e PURCELL, 1999, p. 2690) Para poder reducir estas complejidades de medición de objetivos, es importante establecer de antemano criterios de desempeño para evaluar los resultados esperados. (MARSHALL, ARTS e MORRISON-SAUNDERS, 2005, p. 180) También es importante, junto a esos criterios de desempeño asociados a objetivos, determinar los diferentes actores asociados y los

elementos contextuales, cuestión que será revisada con mayor detención en el próximo capítulo.<sup>51</sup>

#### 4.8.6 Objetivos de la participación ciudadana en la evaluación de impacto ambiental.

Es muy importante, como ya se dijo, definir de antemano los objetivos de la participación, pues de esa manera se podría, valga la redundancia, “evaluar la evaluación”, en el sentido de si ha cumplido con las metas que se ha propuesto de antemano. Así, los objetivos de la participación ciudadana en la evaluación de impacto ambiental son, en un sentido amplio, tres, las que pueden variar dependiendo de la mayor o menor injerencia de la participación en el acto administrativo terminal. El primer objetivo es obtener insumos o “*inputs*” para la toma de decisión; el segundo es compartir la toma de decisión con los participantes, y; el tercero es alterar la distribución del poder y las estructuras de la toma de decisión. (O'FAIRCHEALLAIGH, 2010, p. 20) De estos objetivos, es esencial el primero. de ellos, mientras que los otros dos son accesorios y se van agregado sucesivamente, en la medida que la evaluación permita o empodere más a los ciudadanos.

Si la evaluación de impacto ambiental está pensada para obtener insumos públicos para la toma de decisiones, la participación a su vez tendrá los siguientes objetivos específicos: proveer información al público; llevar vacíos de información; disponer de observaciones a la información, y; resolución de problemas de los participantes y aprendizaje social. (O'FAIRCHEALLAIGH, 2010, p. 20) En caso de que la participación tenga como objetivo general compartir la toma de decisión con los participantes, encontrará los siguientes objetivos específicos, a saber: reflejar principios democráticos; poner en práctica la democracia, y; ofrecer una representación pluralista. (O'FAIRCHEALLAIGH, 2010) Si la participación ciudadana tiene como fin alterar la distribución del poder y las estructuras de la toma de decisión, los objetivos especiales procurado serían: el involucrar a grupos marginados; el trasladar el *locus* de la toma de decisión, y; enfrentar la marginación. (O'FAIRCHEALLAIGH, 2010, p. 20)

En ese sentido, para determinar a la evaluación como exitosa o fallida, se debe estar a sus objetivos predeterminados, y de acuerdo con ello, adoptar medidas y herramientas adecuadas. (O'FAIRCHEALLAIGH, 2010, p. 25-26) En efecto, y como se explicó anteriormente, la participación ciudadana estudiada en este texto es de orden

---

<sup>51</sup> *Infra*, pp. 158-167.

administrativa, y no decisoria. También es posible agregar que la participación, dentro de los márgenes legales establecidos, comprende un elenco de técnicas que intentan incluir al público en general en algunos procesos interactivos. Estos procesos pueden estar dirigidos, por ejemplo, en las etapas tempranas de un desarrollo ambiental o en la resolución particular de un conflicto. (ALLEN, 1998, p. 300)

Para efectos del presente texto, se entenderá como objetivo de la participación la obtención de más y mejores insumos para la toma de decisión, en consonancia con el mandato legal del alcance de la participación ciudadana en los procesos administrativos como disposición de información al público, la posibilidad de formular observaciones, y la obligación por parte de la administración que éstas sean respondidas. Si se quiere, dentro de la escala de Arnstein, nos encontraríamos dentro de los niveles de participación no decisoria de la comunidad. El éxito o fracaso de la participación, entonces, recaerá en los insumos que diligentemente deberá tratar la Administración, y en la medida que no los puede desconocer, ignorar o menospreciar, ayudan a orientar la decisión final en cuestión, balanceando los intereses de la comunidad con los del grupo de interés privado que lo pretende capturar.

Entendidas estas generalidades de la evaluación de impacto ambiental, y el alcance esperado para efectos de este texto, pasará a estudiar brevemente como el derecho doméstico chileno y brasileño disciplinan la Evaluación de Impacto Ambiental.

#### 4.9 La Evaluación de Impacto Ambiental en Chile

La Evaluación de Impacto Ambiental en Chile se consagra de forma preventiva, coordinada y sistemática desde el año 1994. Este procedimiento de evaluación está destinado a perfeccionar los proyectos, y no bajo la consigna de rechazar los proyectos, (ASTORGA JORQUERA, 2017, p. 330) esto es, el objetivo es autorizar la mayor cantidad de actividades posibles, mejorando el desempeño ambiental de los emprendimientos a ser ejecutados. La ley, literalmente, la define en el artículo 2º.j de la LBGMA como: "...el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigente..." La razón de esta consagración, como ya se advirtió antes, fue para integrar a Chile en el comercio internacional, luego de la dictadura, permitiendo la apertura comercial del país mediante la suscripción sucesiva de tratados de libre comercio. (ARANDA ORTEGA, 2015, p. 145-146). Antes de la dictación de la ley N° 19.300/1994 de Bases Generales

del Medio Ambiente (En adelante LBGMA-CHI), en Chile, para realizar cualquier actividad productiva, se debían obtener diferentes permisos sectoriales, (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 1994, p. 73) otorgados, por regla general, por diferentes órganos descentralizados con competencias sobre recursos naturales, sobre la salud humana, animal, vegetal, u otro tipo de competencias conexas. Luego, dada la gran cantidad de permisos sectoriales descoordinados, un emprendimiento debía obtenerlos en procedimientos administrativos separados, bajo diferentes criterios, sin una ley marco que disciplinara los procedimientos administrativos. En ese sentido, al menos funcionalmente, no existía un órgano responsable de la política, de la gestión, y de la fiscalización ambiental. Por el contrario, y si se me permite la metáfora, existía un archipiélago de procedimientos sectoriales, inconexos entre sí.

La solución ideada en la LBGMA fue la creación de una evaluación de impacto ambiental preventiva, coordinada y sistemática. En primer orden de cosas, la evaluación ambiental es preventiva. El objetivo es evitar el acaecimiento de perjuicios al entorno, evadiendo así las llamadas externalidades negativas en la terminología económica. La evitación del daño debe ser realizada siempre que la reparación sea más costosa que su prevención, siendo para estos efectos la evaluación de impacto ambiental un instrumento sumamente útil.

Con todo, y como se verá más adelante, en Chile el enfoque preventivo admite excepciones, en la medida que los proyectos sometidos a evaluación por la vía del Estudio de Impacto Ambiental admitan medidas de mitigación, reparación o compensación. Parece, *prima facie*, contradictorio que el enfoque preventivo de la evaluación de impacto ambiental admita daños *ex ante*, los cuales deberían ser objeto de algún remedio planificado con antelación. La explicación de ello, desde un punto de vista económico y luego recogido por el derecho, está en la crítica que Coase hizo a Pigou, respecto de la internalización de externalidades negativas siempre que fuera posible mediante instrumentos ambientales. (PIGOU, 1946, p. 157) La crítica, en resumidas cuentas, es que, si la ocurrencia del daño es la alternativa menos costosa, debe preferirse ésta. (COASE, 1960, p. 40-44) Luego, si los beneficios de un proyecto que genera detrimento al ambiente son mayores a los perjuicios que genera al entorno, y esos beneficios permiten costear una mitigación, reparación o compensación de dichos detrimentos, serían perjuicios lícitos en caso de que cuenten con una

autorización administrativa que los ampare. En este sentido, el enfoque preventivo no parece absoluto en la evaluación ambiental chilena.

En otro orden de cosas, la evaluación de impacto ambiental en Chile es coordinada, en el sentido que mediante un órgano descentralizado coordina las decisiones de los demás órganos con competencias ambientales sectoriales, resolviendo el problema orgánico de la fragmentación de competencias al interior de la administración pública. En un comienzo, en la redacción original de la LBGMA, esta coordinación era efectuada por la Comisión Nacional de Medio Ambiente, y a nivel desconcentrado por las Comisiones Regionales de Medio Ambiente. Este órgano tenía una conformación compleja en su Consejo Directivo, integrado por 13 carteras ministeriales,<sup>52</sup> y desarrollaba conjuntamente funciones de política ambiental, de gestión, y de fiscalización. En la práctica, desarrollaba principalmente funciones de evaluación para superar el déficit de autorizaciones existente en Chile. (URIARTE, 2009, p. 217-218)

Luego, gracias a las reformas de la Ley N° 20.417/2010 crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante LSMA-CHI), la evaluación de impacto ambiental quedó como competencia exclusiva del Servicio de Evaluación Ambiental, dejando las competencias de política ambiental en el Ministerio de Medio Ambiente, y las de Fiscalización en la Superintendencia del Medio Ambiente. En este orden de cosas, el Servicio de Evaluación Ambiental es, por antonomasia, el principal órgano de gestión ambiental en Chile. Con todo, la decisión final que aprueba o rechaza un proyecto, a saber, la Resolución de Calificación Ambiental, depende de un Comisión de Secretarios Ministeriales más el respectivo Intendente, o en caso especiales depende del Director del Servicio de Evaluación Ambiental si el proyecto afecta 2 o más regiones.

La solución de coordinación de competencias ambientales fragmentadas y preexistentes en otros organismos descentralizados del Estado es, ciertamente, una solución que obedece al llamado realismo del derecho ambiental. (ASTORGA

---

<sup>52</sup> En su antiguo texto, antes de las reformas de la ley 20.417/2010, este consejo directivo, conforme al artículo 71, se conformaba por: el Presidente de Comisión Nacional del Medio Ambiente, quien lo presidirá, y por los Ministros Secretario General de la Presidencia; de Relaciones Exteriores; Defensa Nacional; Economía, Fomento y Reconstrucción; Planificación y Cooperación; Educación; Obras Públicas; Salud; Vivienda y Urbanismo; Agricultura; Minería; Transportes y Telecomunicaciones, y Bienes Nacionales.

JORQUERA, 2017, p. 16; JAQUENOD DE SZÖGÖN, 1991, p. 366-367) Esto, porque remover las competencias ambientales de cada organismo sectorial, para que un solo órgano descentralizados las concentre y las ejerza, habría significado una reforma mayor al interior de la estructura administrativa nacional. Por el contrario, un órgano que coordine las competencias preexistentes permite una reforma política y administrativamente más alcanzable, opción por la cual se decantó Chile desde 1994.

También, el modelo chileno es sistematizado porque establece un elenco ordenado de trámites administrativos que contribuyen a la evaluación de impacto ambiental de un proyecto. La idea de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental está orientada, entonces, a dar un tratamiento jurídico a un procedimiento técnico y científico, mediante un procedimiento administrativo complejo y revisable, (ASTORGA JORQUERA, 2017, p. 326) en el que intervienen los órganos descentralizados con competencias ambientales, coordinados por el Servicio de Evaluación Ambiental.

La idea de permiso ambiental complejo se refiere a que el acto autorizador final, a saber, la resolución de calificación ambiental requiere de un elenco de actos administrativos sectoriales que le dan contenido. Estos pronunciamientos son garantizados mediante el mecanismo de la ventanilla única y mediante el silencio administrativo positivo de los órganos administrativos sectoriales.

La tramitación de la evaluación de impactos ambientales en Chile puede ser por dos vías, y admite tres casos especiales. Sobre las vías de evaluación, puede ser mediante la Declaración de Impacto Ambiental o la Evaluación de Impacto Ambiental. La primera, está determinada por un elenco de causales taxativas listadas en el artículo 10 de la LBGMA-CHI, obedeciendo éstas a determinados tipos de proyecto. Por su parte, la Evaluación de Impacto Ambiental se refiere, más allá del tipo de proyecto a ser evaluado, a ciertos impactos a la salud humana, animal, la integridad de los recursos naturales y valores estéticos y culturales, los cuales que deben ser, ciertamente, mitigados, reparados o compensados.

Los casos excepcionales de evaluación, como se anticipó, son tres posibles. Una, para efectos de la evaluación de impacto ambiental de proyectos impulsados por empresas de menor tamaño que deban presentar una Declaración de Impacto Ambiental, pudiendo optar a someterse a un proceso de evaluación y certificación de

conformidad, dispuesto en el artículo 18 *quáter* de la LBGMA-CHI. El segundo, para dispensar de evaluación a ciertos proyectos urgentemente necesarios, en caso de calamidad pública, bajo el supuesto que los impactos ambientales son menos perjudiciales que la demora en el funcionamiento del proyecto en cuestión en casos de urgencia, según lo establece el artículo 15, inciso final. En tercer lugar, las actividades militares tienen en Chile una evaluación propia, en la que el Servicio de Evaluación Ambiental no tiene injerencia en principio, según el artículo 22.

En este orden de cosas, como he afirmado y a modo de recapitulación de estas generalidades, la Evaluación de Impacto Ambiental en Chile es un instrumento de gestión ambiental preventivo, dado que, por regla general, procura la evitación de perjuicios ambientales. Es un instrumento coordinado, en el sentido que el Servicio de Evaluación Ambiental organiza a los demás órganos descentralizados sectoriales con competencias ambientales, de modo de garantizar un funcionamiento armónico en el contexto de una administración pública fragmentada en el ejercicio de sus competencias, otorgando una solución orgánica a esa vicisitud administrativa. También, es una evaluación sistematizada, en el sentido que ofrece un elenco de ritualidades jurídicas para organizar encausar y dar validez jurídica a un procedimiento científico y técnico, esto es, da un sustrato procedimental. Luego, y permitiéndome ser aún más sintético, la evaluación de impacto ambiental es preventiva por su contenido, coordinada por la solución orgánica institucional que ofrece, y sistematizada por determinar un procedimiento de evaluación ordenado.

Ya revisada estas generalidades, presentaré algunos generales del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, para luego centrarme con algún mayor detalle en las cuestiones propias de la participación ciudadana.

#### 4.9.1 Tramitación de la Evaluación de Impacto Ambiental en Chile.

La evaluación de impacto ambiental en Chile es un procedimiento administrativo, que, como ya se adelantó, es decidido por la Comisión de Evaluación del artículo 86 de la LBGMA-CHI (llamada Comisión de Evaluación) en caso de que el proyecto tenga efectos en sólo una región, o por el Director del Servicio de Evaluación Ambiental en caso que los impactos ambientales afecten dos o más regiones, según el artículo 9° de la ley. La Comisión de Evaluación está presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales Ministeriales del Medio

Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, y de Planificación, y por el Director Regional del Servicio, quien actuará como secretario. Por su parte, el Servicio de Evaluación Ambiental es el órgano responsable de gestionar la tramitación del procedimiento administrativo, y que coordina los pronunciamientos de los órganos sectoriales. Los otros sujetos involucrados en la tramitación son el proponente del proyecto, quién da inicio a la tramitación de la evaluación, y cuya finalidad es obtener un Resolución de Calificación Ambiental para poder operar con su proyecto, y las personas, naturales o jurídicas, que serán afectados por los impactos ambientales del proyecto, quienes pueden participar en la calidad interesados.

Para determinar si proyecto debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, primero, debe estar a algunas de las causales de ingreso del artículo 10 de la LBGMA-CHI. Estas causales están determinadas por tipo de proyecto,<sup>53</sup> y la

---

<sup>53</sup> El artículo 10, literalmente señala que: "...Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes:

- a) Acueductos, embalses o tranques y sifones que deban someterse a la autorización establecida en el artículo 294 del Código de Aguas, presas, drenaje, desecación, dragado, defensa o alteración, significativos, de cuerpos o cursos naturales de aguas;
- b) Líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje y sus subestaciones;
- c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW;
- d) Reactores y establecimientos nucleares e instalaciones relacionadas;
- e) Aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y los caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas;
- f) Puertos, vías de navegación, astilleros y terminales marítimos;
- g) Proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes evaluados según lo dispuesto en el Párrafo 1 Bis;
- h) Proyectos industriales o inmobiliarios que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas;
- i) Proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda;
- j) Oleoductos, gasoductos, ductos mineros u otros análogos;
- k) Instalaciones fabriles, tales como metalúrgicas, químicas, textiles, productoras de materiales para la construcción, de equipos y productos metálicos y curtiembres, de dimensiones industriales;
- l) Agroindustrias, mataderos, planteles y establos de crianza, lechería y engorda de animales, de dimensiones industriales;
- m) Proyectos de desarrollo o explotación forestal en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, todos de dimensiones industriales;
- n) Proyectos de explotación intensiva, cultivo, y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos;
- ñ) Producción, almacenamiento, transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas;
- o) Proyectos de saneamiento ambiental, tales como sistemas de alcantarillado y agua potable, plantas de tratamiento de aguas o de residuos sólidos de origen domiciliario, rellenos sanitarios, emisarios submarinos, sistemas de tratamiento y disposición de residuos industriales líquidos o sólidos;

cuantificación de los impactos está determinada en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En ese orden de cosas, existe una especie de “ley ambiental en blanco” que determina un hecho evaluado, creado por ley según el mandato constitucional del artículo 19 N.º 24, en el entendido que sólo por esta vía se pueden establecer obligaciones sobre la propiedad de bienes, corporales o incorpóreas, que deriven de la conservación del patrimonio, quedando su especificación a una norma infralegal.

Una vez determinado si un proyecto se enmarca en algunas de las causales de ingreso al sistema, en calidad de Declaración de Impacto Ambiental del artículo 10, luego debe atenderse a si tiene obligaciones adicionales, en caso de que se enmarque en alguna de las causales de evaluación por la vía del Estudio de Impacto Ambiental, contenidas en el artículo 11 y desarrolladas en el Reglamento de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Las causales de evaluación vía Estudio de Impacto Ambiental están, en general, determinadas por afectaciones a la salud humana, animal y vegetal, a valores de orden antropológico, paisajístico, culturales, y a la afectación de áreas protegidas.<sup>54</sup>

---

p) Ejecución de obras, programas o actividades en parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de zonas vírgenes, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas o en cualesquiera otras áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita;

q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas, y

r) Proyectos de desarrollo, cultivo o explotación, en las áreas mineras, agrícolas, forestales e hidrobiológicas que utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas. El reglamento podrá definir una lista de especies de organismos genéticamente modificados que, como consecuencia de su comprobado bajo riesgo ambiental, estarán excluidos de esta exigencia. El mismo reglamento establecerá el procedimiento para declarar áreas como libres de organismos genéticamente modificados.”

<sup>54</sup> En concreto, el artículo 11 establece literalmente que “...Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos;

b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire;

c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos;

d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar;

e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y

f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

La tramitación comienza con la presentación de la Declaración o del Estudio de Impacto Ambiental, según sea el caso, ante la Comisión de Evaluación o ante el Director, en caso que el proyecto afecte dos o más regiones, según lo dispone el artículo 9°. Puede ocurrir, con todo, que el titular tenga alguna duda acerca de dos cuestiones posibles: la primera, si acaso debe presentar su proyecto ante la Comisión de Evaluación o ante el Director del Servicio, en caso que no haya claridad si los impactos afectarían a una o a más regiones; la segunda sobre si su proyecto debería o no someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental. La primera incertidumbre puede ser resuelta, ya fuere de oficio o a petición de parte, por el Director del Servicio, según lo establece artículo 9°. Luego, para dilucidar si el proyecto debe ingresar o no al sistema, el titular del proyecto puede efectuar una solicitud de pertinencia ante la Comisión de Evaluación o ante el Director del Servicio, según corresponda, siguiendo la redacción del artículo 26 del Reglamento del Sistema de Evaluación del Impacto Ambiental.

Una vez ingresado el proyecto, este puede ser rechazado por la Comisión de Evaluación o por el Director del Servicio, según sea el caso, si la presentación del Impacto o del Estudio careciere de los contenidos mínimos requeridos por ley, esto es, información esencial que no pudiera ser subsanada con posterioridad, según lo dispone el artículo 16 *bis*, constituyendo un verdadero rechazo administrativo *in limine*, el cual podrá realizarse dentro del plazo de 40 días de ingresado el proyecto. Con ello, se procura evitar el ingreso de proyectos deficientes que, a la larga, serán desechados o injustamente completados por los servicios sectoriales mediante observaciones. Los contenidos mínimos varían, dependiendo si el proyecto ingresa por Declaración de Impacto Ambiental o por Estudio de Impacto Ambiental, habiendo más requisitos en el caso de éstos últimos.<sup>55</sup> Contra el rechazo *in limine*, el proponente cuenta con un plazo

---

Para los efectos de evaluar el riesgo indicado en la letra a) y los efectos adversos señalados en la letra b), se considerará lo establecido en las normas de calidad ambiental y de emisión vigentes. A falta de tales normas, se utilizarán como referencia las vigentes en los Estados que señale el reglamento.”

<sup>55</sup> Los contenidos para los Estudios de Impacto Ambiental están en el artículo 12, el que señala: “...Los estudios de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias:

- a) Una descripción del proyecto o actividad;
- b) La descripción de la línea de base, que deberá considerar todos los proyectos que cuenten con resolución de calificación ambiental, aun cuando no se encuentren operando.
- c) Una descripción pormenorizada de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que dan origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental.
- d) Una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo. Cuando el proyecto deba presentar un Estudio de Impacto Ambiental por generar alguno de los efectos, características o circunstancias señaladas en la letra a) del artículo 11, y no existiera Norma Primaria de Calidad o de Emisión en Chile o en los Estados de referencia que señale el

de 5 días para interponer un recurso de reposición, y deberá ser resuelto dentro de 20 días una vez interpuesto.

Cabe recordar que está prohibido el fraccionamiento de los proyectos en partes menores, según el artículo 11 *bis*, como un mecanismo de evasión del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, prohibiendo este mecanismo administrativo de fuga de la regulación ambiental. (ARANDA ORTEGA, 2017, p. 281-285) Con todo, está permitido el fraccionamiento de los proyectos en los casos que éstos deban evaluarse por etapas.<sup>56</sup>

Luego de ingresado el proyecto a tramitación, el proponente también deberá dar noticia a los eventuales interesados del inicio del procedimiento administrativo de evaluación. Para ello, deberá publicar a su coste un extracto del proyecto en el Diario Oficial y en algún diario de circulación regional o nacional, según sea el caso del alcance del proyecto, de acuerdo a lo artículos 26 y 28.

También, la tramitación del proyecto será por medios electrónicos, disponiendo la información en línea y mediante ordenadores, según los dispone el artículo 14 *bis* de la LBGMA-CHI, lo que facilita la disposición del expediente del procedimiento tanto a los órganos sectoriales involucrados como a los interesados. Con todo, es posible que el proponente no desee acogerse a la tramitación electrónica, efectuándose por medio

---

Reglamento, el proponente deberá considerar un capítulo específico relativo a los potenciales riesgos que el proyecto podría generar en la salud de las personas.

e) Las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación que se realizarán, cuando ello sea procedente;

f) Un plan de seguimiento de las variables ambientales relevantes que dan origen al Estudio de Impacto Ambiental, y

g) Un plan de cumplimiento de la legislación ambiental aplicable.”

En cambio, los requisitos mínimos para las Declaraciones de Impacto Ambiental son menores. Así lo establece el artículo 12 *bis*, que señala: “...Las declaraciones de Impacto Ambiental considerarán las siguientes materias:

a) Una descripción del proyecto o actividad;

b) Los antecedentes necesarios que justifiquen la inexistencia de aquellos efectos, características o circunstancias del artículo 11 que pueden dar origen a la necesidad de efectuar un Estudio de Impacto Ambiental;

c) La indicación normativa ambiental aplicable, y la forma en la que se cumplirá, y

d) La indicación de los permisos ambientales sectoriales aplicables, y los antecedentes asociados a los requisitos y exigencias para el respectivo pronunciamiento.”

<sup>56</sup> El artículo 11 *bis* señala: “...Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas.”

de tramitación analógica. Si este fuera el caso, el titular deberá acompañar, además del del volumen original, una copia para cada órgano sectorial que tenga competencias para pronunciarse sobre algún aspecto del proyecto. En la práctica, es predominante la tramitación electrónica, contando el servicio con una plataforma en internet para que cualquier persona que tenga conocimientos básicos de computación y conexión a la red, pueda acceder a estas informaciones.

Una vez admitido a tramitación el proyecto, este debe ser analizado por cada organismo sectorial, dentro del ámbito de sus competencias por materia, pudiendo aceptarlo, aprobando las medidas preventivas ofrecidas por el proponente, o, en caso de que el proyecto no cumpla con los estándares requeridos por el organismo sectorial, éste puede pedir aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones sobre el aspecto que ha revisado. Luego, dentro del plazo de 120 días en el caso de los Estudios de Impacto Ambiental, según lo dispone el artículo 15, el Servicio de Evaluación Ambiental puede tomar dos actitudes: crear un informe que sea el insumo de la decisión, dando paso a la decisión de la Comisión de Evaluación o del Director del Servicio, según sea el caso, o recopilar todas estas solicitudes de los organismo sectoriales, elaborando el llamado Informe Consolidado de Aclaraciones, Rectificaciones y Ampliaciones (en adelante ICSARA). Este informe, una vez puesto en conocimiento del proponente, suspenderá el plazo de 120 días. En caso de que la respuesta del proponente modifique sustancialmente el proyecto originalmente presentado, deberá volver a realizar la publicación del extracto en el diario oficial y en un diario de circulación regional o nacional, de modo de mantener informada a la población eventualmente afectada. En casos excepcionales, este plazo puede ser ampliado a 60 días. Las mejoras introducidas al proyecto son llamadas de *addenda*.<sup>57</sup>

Luego, una vez respondido el ICSARA por parte del proponente, los organismos con competencia sectorial deben volver a revisar las mejoras introducidas al proyecto por parte del proponente. Si estas mejoras no fueran satisfactorias, es posible que los servicios sectoriales vuelvan a pedir aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, debiendo el Servicio de Evaluación Ambiental formar otro ICSARA, para que el proponente lo responda con nuevas *addenda*. Si en esta segunda oportunidad las mejoras introducidas fueran insuficientes, los autos administrativos llegarán a su fin,

---

<sup>57</sup> *Addenda* es un vocablo latino, plural de *addendum*. En una traducción leal, se refiere a aquello que debe ser agregado.

sin que el proyecto llegue a ser evaluado favorablemente, según lo dispone el artículo 15.

Una vez que las *addenda* han sido visadas favorablemente por los organismos sectoriales en el ámbito de sus competencias, remiten su parecer al Servicio de Evaluación, el que reúne todos estos pareceres en un informe integral, indicando con soportes técnicos la conveniencia o inconveniencia de la aprobación del proyecto. Este informe, que es la culminación de la evaluación técnica y científica, es el llamado de Informe Consolidado de Evaluación (en adelante ICE). Este, luego es remitido a la Comisión de Evaluación o al Director del Servicio, según sea el caso, para que se pronuncie sobre el proyecto, y finalmente lo apruebe o lo rechace. En este sentido, el valor jurídico del ICE es que las razones de aprobación o rechazo deben basarse exclusivamente éste, no pudiendo aducirse motivos que no estén contenidos en otros documentos, reduciendo con ello el ámbito de discrecionalidad del tomador de decisión, según lo dispone el artículo 9° *bis*. El acto terminal que aprueba o rechaza el proyecto del proponente es la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA).

Para evitar opiniones contradictorias en los diferentes órganos sectoriales, existe el llamado mecanismo de ventanilla única en el artículo 15, esto es, una vez aprobada o rechazada la RCA, ningún órgano sectorial con competencia ambiental podrá dictar una resolución en contrariándola. Con ello, se procura evitar decisiones que cde la administración. También, los servicios en caso de que no se pronuncien oportunamente sobre los aspectos que son sometidos a su evaluación sectorial, se les requerirá para que se pronuncien dentro del plazo de 15 días. Si no lo hicieren, opera un silencio administrativo positivo, aprobando aquello que ha sido sometido al órgano sectorial.

En caso de que el proyecto sea rechazado, el proponente podrá impugnar la RCA ante el Director del Servicio si ésta fue dictada por la Comisión de Evaluación Ambiental, o ante el Comité de Ministros del artículo 20 de la LBGMA<sup>58</sup> si ésta fue

---

<sup>58</sup> El artículo 20 dispone que: "...En contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante el Director Ejecutivo. En contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un Estudio de Impacto Ambiental, procederá la reclamación ante un comité integrado por los Ministros del Medio Ambiente, que lo presidirá, y los Ministros de Salud; de Economía, Fomento y Reconstrucción; de Agricultura; de Energía, y de Minería. Estos recursos deberán ser interpuestos por el responsable del respectivo proyecto, dentro del plazo de treinta días contado desde la notificación de la resolución recurrida. La autoridad competente resolverá, mediante resolución fundada, en un plazo fatal de treinta o sesenta días contado desde la interposición del recurso, según se trate de una Declaración o un Estudio de Impacto Ambiental."

dictada por el Director del Servicio. Si este recurso administrativo fuere rechazado, queda agotada la vía de impugnación administrativa, quedando la posibilidad de reclamar la RCA que rechaza el proyecto ante el Tribunal Ambiental competente, según el artículo 17 N.º 5 de la ley N° 20.600/2012 de Tribunales Ambientales (en adelante, LTA-CHI). Luego, según lo dispone el artículo 26 de la misma ley y asumiendo que el tribunal ambiental rechaza la reclamación, la sentencia puede ser impugnada vía recurso de casación de fondo ante la Corte Suprema, según corresponda, agotando de esta forma la vía de impugnación judicial.

La RCA es también susceptible de revisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 *quinquies* de la LBGMA-CHI, en caso de que las circunstancias que motivaron su dictación hayan cambiado, constituyendo una suerte de consagración del principio *rebus sic stantibus* a la actividad administrativa ambiental. Para estos efectos, de forma excepcional, deberá hacerse un procedimiento de reevaluación del proyecto de modo que se pueda adaptar a las mudanzas. Esta reevaluación puede ser también impugnada por las mismas causales y en las mismas oportunidades que la RCA original.

Esta revisión del procedimiento administrativo de evaluación ha sido, hasta ahora, efectuado desde el punto de vista del proponente del proyecto. Sin embargo... ¿Qué ocurre en la tramitación de estos autos administrativos, cuando las actuaciones en general, y las impugnaciones en particular, son efectuadas por los terceros interesados que serán afectados por los impactos ambientales del proyecto sometido a evaluación? A continuación, revisaremos como es la tramitación desde el punto de vista de la participación ciudadana.

#### 4.9.2 Participación ciudadana en la Evaluación de Impacto ambiental en Chile.

La participación ciudadana, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, puede ocurrir en la medida que los terceros que son afectados pueden manifestar observaciones al proyecto, actuando en calidad de interesados. La forma en que ocurrirá esta participación dependerá de si el proyecto se evalúa por la vía de Declaración o por vía de Estudio. Con todo, la LBGMA garantiza el derecho de tener acceso a la información, el derecho a formular observaciones al proyecto, y la obligación de la Administración de responderlas. En ningún caso, los órganos ambientales están vinculados por la participación ciudadana, alcanzando lo que en la

escala de Arnstein es el llamado nivel de aplacamiento. (ARNSTEIN, 1969, p. 216-218)

En el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental, la participación ciudadana no es obligatoria, pudiendo abrirse esta posibilidad facultativamente por parte de las Direcciones Regionales del Servicio de Evaluación Ambiental, o por el Director Ejecutivo del Servicio, según sea el caso, acorde a lo dispuesto en el artículo 30 *bis*.<sup>59</sup> Para que ello ocurra, la participación debe ser solicitada por diez personas naturales, o por los representantes de dos organizaciones sociales. También, se exige como requisito que el proyecto genere cargas ambientales, esto es, en los términos de la ley, externalidades negativas en localidades próximas durante las fases de construcción y operación. En caso de que la autoridad autorice el periodo de participación, este será de 20 días, y en caso de haber *addenda* que afecten sustantivamente el proyecto, se reabrirá un nuevo plazo de 10 días.

La participación ciudadana en los proyectos evaluados vía Estudio de Impacto Ambiental es una ritualidad obligatoria, y no facultativa como es en las Declaraciones

---

<sup>59</sup> El artículo 30 señala que "...Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en las Declaraciones de Impacto Ambiental que se presenten a evaluación y se refieran a proyectos que generen cargas ambientales para las comunidades próximas. Todo ello, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de 10 días, contado desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto sometido a Declaración de Impacto Ambiental de que se trate.

Si durante el procedimiento de evaluación de la Declaración de Impacto Ambiental, ésta hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente los impactos ambientales del proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por diez días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación de la Declaración de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos.

Tratándose de los proyectos sometidos a evaluación de conformidad a lo establecido en el artículo 18 ter, el plazo para la realización del proceso de participación ciudadana será de diez días.

El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.

Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución.

Para los efectos de este artículo, se entenderá que provocan cargas ambientales aquellos proyectos que generan beneficios sociales y que ocasionan externalidades ambientales negativas en localidades próximas durante su construcción u operación.

La participación ciudadana comprende los derechos a acceder y conocer el expediente físico o electrónico de la evaluación, formular observaciones y obtener respuesta fundada de ellas."

de Impacto Ambiental, según lo dispone el artículo 29.<sup>60</sup> En estos casos el periodo de participación es de 60 días desde la publicación del extracto del proyecto en el diario. Igualmente, en caso de *addenda* que afecten sustantivamente el proyecto, se abrirá un nuevo término de 30 días.

Luego de efectuadas las observaciones, tanto en el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental como en el de los Estudios de Impacto Ambiental, en caso de que éstas no sean debidamente respondidas, los interesados afectados pueden interponer un recurso administrativo de reclamación, ante el comité de ministros del artículo 20 de la LBGMA, sin perjuicio que este recurso no tendrá efectos suspensivos sobre la RCA. Ciertamente, con este recurso, se da por terminada por regla general la vía administrativa.

Luego, en caso de que la reclamación no hubiere sido acogida por el Comité de Ministros del artículo 20, los interesados afectados podrán iniciar la vía judicial ante el tribunal ambiental competente en según lo dispuesto en el artículo 17 N. ° 6 de LTA-CHI. Con posterioridad, como lo dispone el artículo 26 de la misma ley, en caso de que la sentencia del tribunal ambiental continúe rechazando la petición de los interesados, estos podrán interponer un recurso de casación, tanto en la forma como en el fondo, ante la Corte Suprema o ante la Corte de Apelaciones competente, según corresponda.

Actualmente, en el Congreso de Chile, se discute una serie de reformas al sistema de evaluación de impacto ambiental, bajo el Boletín 11952-12, con fecha 31 de julio de 2018. En lo que toca a los recursos señalados, pretende terminar con el recurso administrativo ante el comité de ministros, para que se comience inmediatamente la vía

---

<sup>60</sup> Según lo dispone el artículo 29: "...Cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al Estudio de Impacto Ambiental, ante el organismo competente, para lo cual dispondrán de un plazo de sesenta días, contado desde la respectiva publicación del extracto.

Si durante el procedimiento de evaluación el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por treinta días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos.

El Servicio de Evaluación Ambiental considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución. Dicho pronunciamiento deberá estar disponible en la página web del servicio con a lo menos cinco días de anticipación a la calificación del proyecto.

Cualquier persona, natural o jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20, el que no suspenderá los efectos de la resolución."

judicial, cabiendo así la acción de reclamación ante el tribunal ambiental competente, y luego el recurso de casación. Si bien se valora el espíritu de la reforma, cuyo objetivo es desburocratizar la evaluación de impacto ambiental de proyectos, estimo que la reforma propuesta incurre en una impropiedad técnica jurídica, dado que una acción judicial no puede sustituir un recurso administrativo. Como ya he revisado, el procedimiento administrativo obedece a una disposición no adversarial, sin perjuicio que en éste exista un germen de pretensión jurídicamente resistida, ya fuere por el proponente o por los interesados que han participado de la evaluación. Esta lo que se refleja en sus principios formativos, que procuran generar un acto administrativo de la mejor calidad posible, con la menor cantidad de vicios que lo puedan afectar, y a un costo conveniente para el Estado. En cambio, la vía judicial ya asume que existe una pretensión jurídica resistida, a propósito de la RCA, entre los proponentes y los interesados afectados. En ese sentido, es una impropiedad jurídica hablar de triple instancia. Lo propio sería hablar de un procedimiento administrativo que, cual procedimiento no contencioso, puede encerrar el germen de un conflicto que puede judicializarse, y cuya decisión en una sentencia sea perfectamente impugnabile, gracias al derecho al recurso basado en el justo y racional procedimiento.

Finalmente, y a modo de aclaración, es importante recordar que antes de la creación de los tribunales ambientales no existía un procedimiento contencioso administrativo específico para la impugnación de la RCA. En lugar de ello, se interponía, ciertamente de manera impropia y bajo fuertes cuestionamientos doctrinales, (PIERRY, 1977, p. 157-159) la acción de protección como mecanismo de reclamación administrativa ante los tribunales superiores de justicia, sustituyendo la falta de un procedimiento contencioso administrativo, aún a riesgo de dar un uso poco adecuado a éste procedimiento de urgencia, malinterpretando y vulgarizando los derechos fundamentales y su tutela jurídica. (FERRADA BÓRQUEZ, BORDALÍ SALAMANCA e CAZOR ALISTE, 2002, p. 81) Con todo, esta la práctica se asentó desde mediados de la década de los 1980 hasta comienzos de la década de los 1990 una jurisprudencia en la cual la acción de protección, orientada a resguardar el resguardo de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en artículo 19 N. ° 8 de la Constitución chilena, sirvió para dejar sin efecto actos que propiciaron la contaminación del entorno. (NAVARRO BELTRÁN, 1993, p. 601)

#### 4.9.3 Evaluación de Impacto Ambiental en Brasil

En el caso de Brasil, la evaluación de impacto ambiental se realiza gracias a lo dispuesto en diferentes normas, a saber: el artículo 225, párrafo 1, numeral IV de la Constitución Federal, la Ley Complementaria de la Constitución N.º 140 de 2011 (en adelante LC 140/2011-BRA), los artículos 9º numeral IV 10 y 11 la Política Nacional de Medio Ambiente Ley N.º 6938/1981 (en adelante PNMA/1981-BRA), en las Resolución N.º 1 de 1986 del Consejo Nacional de Medio Ambiente (en adelante RES-1/1986-BRA) y la Resolución N.º 237/1997 del Consejo Nacional de Medio Ambiente (en adelante RES-237-1997-BRA), y en particular, la participación ciudadana se ve complementada en Ley de Información Ambiental N°10.650/2003 (en adelante LIA/2003-BRA). Al igual que en el caso chileno, la evaluación de impacto ambiental se desarrolló en el Brasil como una forma de inserción comercial en el ámbito global, de modo de poder participar del tráfico de bienes y servicios franqueando limitaciones de orden ambiental. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, PROGRAMA NACIONAL DE CAPACITAÇÃO DE GESTORES AMBIENTAIS, 2009, p. 12)

La evaluación de impacto ambiental se realiza vía licenciamiento, esto es, un procedimiento administrativo cuya finalidad es la dictación de un acto autorizador terminal: la licencia ambiental. La PNMA/1981, en su artículo 9, numeral IV, la reconoce explícitamente como un instrumento de gestión ambiental. En particular, el artículo 1º numeral I y II de la RES-237/1997 son definidos tanto el licenciamiento como procedimiento administrativo como la licencia como acto terminal, respectivamente.<sup>61</sup> En este orden de cosas, y en concordancia con las generalidades expuestas anteriormente, no cabe discusión sobre la naturaleza jurídica del licenciamiento en Brasil.

#### 4.7.1 Tramitación de la Evaluación de Impacto Ambiental en Brasil.

La tramitación se efectúa en el marco del Sistema Nacional del Medio Ambiente de Brasil, que es un arreglo institucional de los diferentes órganos con competencias

---

<sup>61</sup> Literalmente, “Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: I - Licenciamiento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental...”

ambientales, para que actúen coordinados en la operación de los diferentes instrumentos de gestión ambiental. Según el 3° del decreto N.º 99.274 de 1990, el Sistema se compone de: 1.- El órgano superior, que es el Consejo de Gobierno; 2.- El órgano consultivo y deliberativo, que es el Consejo Nacional del Medio Ambiente; 3.- el órgano central, que es la Secretaría del Medio Ambiente de la Presidencia; 4.- los órganos ejecutores, a saber, el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y del Instituto “Chico Mendes” para la Conservación de la Biodiversidad; 5.- los órganos seccionales, referidos, en general, a los órganos estatales con competencias ambientales, y; 6.- Los órganos locales, que son los municipios en el ejercicio de las competencias ambientales que detentan, según corresponda.

En el marco del Sistema Nacional del Medio Ambiente de Brasil, los órganos ejecutores, seccionales o locales, según sea el caso, serán competentes para tramitar el licenciamiento. Así, en el artículo 4° de la RES-237/1997, se determinan los proyectos que serán competencia del Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Esta competencia sería, a rasgos generales: las localizadas o desarrolladas por Brasil en un país limítrofe; las realizadas en el mar territorial; en la plataforma continental; en la zona económica exclusiva; en las tierras indígenas o en unidades de conservación dominio de la Unión; las emplazadas en dos o más Estados; las actividades cuyos impactos sobrepasen los límites del territoriales de Brasil, o sobrepasen uno o más Estados; los que impliquen la utilización de material radioactivo, o utilicen energía nuclear en cualquiera de sus formas; bases militares, según sea el caso de acuerdo a la normativa sectorial específica.<sup>62</sup> Esto no obsta a que, por medio de ciertos actos administrativos llamados de convenios, y según lo dispone el parágrafo 2°

---

<sup>62</sup> Literalmente: “Art. 4° - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber: I - localizadas ou desenvolvidas conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; no mar territorial; na plataforma continental; na zona econômica exclusiva; em terras indígenas ou em unidades de conservação do domínio da União. II - localizadas ou desenvolvidas em dois ou mais Estados; III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais Estados; IV - destinados a pesquisar, lavar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear - CNEN; V- bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica.”

del mismo artículo, el Instituto pueda delegar a los Estados estas competencias, siempre que los impactos estén circunscritos al ámbito regional.

Luego, según el artículo 5° de la RES-237/1997, compete a los órganos estatales o al del Distrito Federal el licenciamiento de los proyectos que: estén emplazados o desarrollados en más de un Municipio o en unidades de conservación de dominio Estadual o del Distrito Federal; los proyectos emplazados en bosques y demás formas de vegetación natural de preservación permanente relacionadas al Código Forestal; cuyos impactos directos sobrepasen los límites territoriales de uno o más Municipios, y, los delegados por el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales mediante convenio.<sup>63</sup>

En el orden Municipal, las competencias están determinadas en el artículo 6° de la RES-237/1997, como una competencia residual de lo que no ha sido competencia del Instituto Brasileño de Medio Ambiente y de Recursos Naturales, y de lo que ha sido debidamente delegado vía convenio.<sup>64</sup>

Con todo, y sin perjuicio de las distribuciones de competencias administrativas apuntadas, se ha criticado y con justa razón a la evaluación de impacto ambiental en Brasil por detentar problemas de diseño institucional para efectos de tramitar el licenciamiento. En este sentido, el mayor problema es que la intención de someter diversos temas a un único poder de decisión, fundado en garantizar una visión holística de los impactos, no da abasto, en los hechos, con la fragmentación institucional, tanto sectorial, como entre los ámbitos federal, estadual y municipal. (HOFMANN, 2015, p. 36-37)

Luego de revisar las competencias, y ya comenzando a estudiar la tramitación en sí, a rasgos generales, es posible aseverar que en Brasil existen tres regímenes de

---

<sup>63</sup> Literalmente: “Art. 5° - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades: I - localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conservação de domínio estadual ou do Distrito Federal; II - localizados ou desenvolvidos nas florestas e demais formas de vegetação natural de preservação permanente relacionadas no artigo 2° da Lei n° 4.771, de 15 de setembro de 1965, e em todas as que assim forem consideradas por normas federais, estaduais ou municipais; III - cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais Municípios; IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.”

<sup>64</sup> Literalmente: “Art. 6° - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.”

licenciamiento: uno más intenso, sujeto a Estudio Previo de Impacto Ambiental y al Informe de Impacto Ambiental (en adelante EPIA-IIA); uno menos intenso, no sujeto al Estudio Previo y al Informe antedichos, y; ciertos regímenes especiales de impacto ambiental para ciertos tipos de proyectos, cuya tramitación se ha pensado de forma diferenciada por tratar de ciertas actividades particularmente sensibles o estratégicas, como ya fue someramente anticipado, en el caso de las instalaciones que manipulen elementos radiactivos o que en el caso de las instalaciones militares. También existen regímenes especiales para el licenciamiento de actividades extractivas de petróleo, gas natural, de la extracción del asbesto blanco (única variedad de asbesto permitida en el Brasil, bajo restricciones), de las unidades de tratamiento de aguas servidas y de ciertos proyectos de regadío. (LEME MACHADO, 2014, p. 346-354) Con todo, en el presente texto no me haré cargo de estos regímenes especiales, más allá de apuntarlos.

Pese a haber diferencias, los regímenes de evaluación antedichos tienen dos puntos en común. El primero, es que la licencia ambiental será otorgada en tres etapas diferentes, a saber: habrá una licencia de instalación, una de operación y otra de terminación de faenas, debiendo el titular del proyecto obtener estos tres permisos sucesivamente ante la autoridad ambiental competente. El segundo punto en común es que el costo de la tramitación del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental es soportado por el titular, pero efectuado por la autoridad ambiental, debiendo repasar los costos al Estado. Con todo, estos tres regímenes tienen ciertos rasgos diferenciadores que serán revisados sucintamente, a continuación

En el caso de los proyectos sometidos a Estudio Previo de Impacto Ambiental e informe previo de Impacto Ambiental, se entiende, que son proyectos que cuyas consecuencias deben tratarse desde una aproximación preventiva, (LEME MACHADO, 2014, p. 265) dado que según el artículo 1º de la RES-1/1986-BRA su naturaleza genera alteraciones al medio ambiente, directa o indirectamente, afectando: la salud humana, y la seguridad o bienestar de la población; las actividades sociales y económicas; la biota; las condiciones estéticas y sanitarias del medio ambiente, y la calidad de los recursos naturales. En el caso de las causales de tramitación, si bien no son taxativas, están descritas en el artículo 2º de la RES-1/1986-BRA.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Literalmente, dicho artículo versa: “...Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA e em caráter supletivo, o licenciamento de atividades

El contenido del Estudio de Impacto Ambiental viene determinado por el artículo 6º de la RES-1/1986-BRA. Las diferentes cuestiones que debe abarcar, a saber, son las siguientes: el diagnóstico ambiental de áreas de influencia; el análisis de los impactos ambientales y sus alternativas; las medidas mitigadoras de los impactos negativos, y; un programa de acompañamiento y monitoreo. Veamos a continuación, con algo más de detalle, cada cuestión a ser abordada.

En primer lugar, según el artículo 6º numeral I, debe contener un diagnóstico del área de influencia el proyecto, con una descripción de los recursos ambientales y sus interacciones. El diagnóstico abarca el medio físico, el medio biológico, y el medio socioeconómico. En este sentido, el diagnóstico es el equivalente a la línea de base. Cabe destacar que la consideración de estos diversos medios impide el arbitrio de la autoridad ambiental para la determinación del área de influencia como una cuestión meramente geográfica, requiriendo de estudios multidisciplinarios para estos efectos. (LEME MACHADO, 2014, p. 275)

En segundo lugar, según lo dispuesto en el artículo 6º, numeral II de la RES-1/1986-BRA, el contenido del Estudio abarca un análisis de los impactos ambientales del proyecto y de sus alternativas. Este punto, de orden prospectivo, debe anticipar lo mejor posible las consecuencias del proyecto, previendo la magnitud e interpretación de los impactos relevantes, debiendo distinguir entre las siguientes categorías de impactos: benéficos y adversos; directos e indirectos; inmediatos, de mediano y de largo plazo; temporales y permanentes; según su grado de reversibilidad; según sus propiedades acumulativas y sinérgicas, y; según la distribución de la carga o de los

---

*modificadoras do meio ambiente, tais como: I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; II - Ferrovias; III - Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; IV - Aeroportos, conforme definidos pelo inciso 1, artigo 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66; V - Oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV; VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques; VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão); IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração; X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW; XII - Complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos); XIII - Distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI; XIV - Exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental; XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes; XVI - Qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia..."*

beneficios sociales. Resulta particularmente relevante el estudio de los impactos acumulativos y sinérgicos, pues su recta determinación depende en buena medida del diagnóstico ambiental previamente realizado, debiendo pormenorizar las actividades preexistentes en el lugar de emplazamiento del proyecto, para así poder dimensionar correctamente las medidas de mitigación. (LEME MACHADO, 2014, p. 280)

En tercer lugar, según lo dispone el artículo 6º, numeral III, de la RES-1/1986-BRA, el estudio contiene una definición de las medidas mitigadoras de los impactos negativos, entre ellas, los equipos de control y los sistemas de tratamiento de desechos, evaluando la eficiencia de cada una de ellas. Básicamente, esta previsión legal apunta a la adopción de medidas concretas que, en consonancia con la terminología económica, internalicen las externalidades negativas. Con todo, se ha observado, en la práctica, que muchas veces estas medidas de mitigación son determinadas sin conexión alguna con los impactos ambientales a ser tratados, o en caso, suelen ser vagas. (LEUZINGER e CUREAU, 2008, p. 56)

Cabe también complementar esta disposición con el Decreto Federal 95.733 de 1988, según el cual, en su artículo primero, establece que en las obras que tengan impactos negativos en los ámbitos social, cultural o ambiental, de tamaño grande o mediano, y que impliquen en su ejecución recursos federales, se deberá reservar a los menos el 1% del importe total para la corrección de dichos efectos. Este decreto se ha calificado de oportuno, en la medida que evita que la Administración alegue la falta de presupuesto para aplicar medidas mitigadoras, en los proyectos que involucren dineros federales. (LEME MACHADO, 2014, p. 282)

En cuarto orden de cosas, según el artículo 6º, numeral IV de la RES-1/1986-BRA, establece como contenido del estudio previo de impacto ambiental un programa de acompañamiento y monitoreo, tanto de los impactos positivos como negativo, indicando los factores y parámetros a ser considerados. Con ello se procura mantener un seguimiento de los impactos ambientales, para adoptar medidas oportunas en caso de cambios en las circunstancias que propiciaron el permiso en cuestión.

Luego, completado el Estudio Previo de Impacto Ambiental, el equipo multidisciplinario deberá redactar y presentar a la autoridad competente el Informe de Impacto Ambiental, que es el documento que, siendo parte integrante de la Evaluación Previa de Impacto Ambiental, ofrece un contenido sumario y una indicación a la

autoridad competente para aprobar o rechazar el proyecto sometido a evaluación, acotando el margen de discrecionalidad que detenta. Dicho de otra forma, el informe transmite, por escrito, las actividades totales del Estudio Previo de Impacto Ambiental, reflejando las conclusiones de éste, vinculando a la autoridad ambiental a su contenido, siendo tanto el Estudio como el Informe documentos asociados, los que, considerados por separado, carecerían de valor. (LEME MACHADO, 2014, p. 275)

Los contenidos mínimos del Informe de Impacto Ambiental están contenidos en el artículo 9° de la RES-1/1986-BRA. En resumen, debe abordar las siguientes cuestiones: objetivos y justificaciones del proyecto; descripción del proyecto y sus alternativas de emplazamiento; síntesis de los resultados de los estudios de diagnóstico ambiental en el área de influencia del proyecto, descripción de los probables impactos ambientales de la implementación y operación de la actividad en cuestión; la caracterización de la calidad ambiental futura del área de influencia; descripción del efecto esperado de las medidas de mitigación; el programa de acompañamiento y monitoreo de los impactos, y; una recomendación que apunte a la alternativa más favorable, incluyendo conclusiones y comentarios de orden general. En este orden de cosas, la autoridad deberá resolver con relación al contenido del Estudio y del Informe, cabiéndole sólo una respuesta afirmativa o negativa. (LEME MACHADO, 2014, p. 275)

No siendo el caso que un proyecto requiera de EPIA-IIA, pero que así deba someterse a evaluación, deberá seguir el régimen común de licenciamiento. Así, el artículo 2° de la RES-237/1997 de 1997 establece que la localización, construcción, instalación, ampliación, modificación y operación de proyectos y actividades que usen recursos ambientales, consideradas efectivas o potencialmente contaminantes, así como los proyectos capaces de provocar, bajo cualquier forma, degradación ambiental, dependerán de previo licenciamiento del órgano ambiental competente, sin perjuicio de otros permisos legalmente exigibles. A mayor abundamiento, las actividades que deben someterse al licenciamiento están descritas, en lo general, en el anexo 1 de la misma resolución, las que deben ser pormenorizadas por los diferentes órganos ambientales competentes, según sea el caso.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Literalmente, el anexo uno señala las siguientes actividades: “...*Extração e tratamento de minerais: pesquisa mineral com guia de utilização; lavra a céu aberto, inclusive de aluvião, com ou sem beneficiamento; lavra subterrânea com ou sem beneficiamento; lavra garimpeira; perfuração de poços*”

---

e produção de petróleo e gás natural. Indústria de produtos minerais não metálicos: beneficiamento de minerais não metálicos, não associados à extração; fabricação e elaboração de produtos minerais não metálicos tais como: produção de material cerâmico, cimento, gesso, amianto e vidro, entre outros. Indústria metalúrgica: fabricação de aço e de produtos siderúrgicos; produção de fundidos de ferro e aço / forjados / arames / relaminados com ou sem tratamento de superfície, inclusive galvanoplastia; metalurgia dos metais não-ferrosos, em formas primárias e secundárias, inclusive ouro; produção de laminados / ligas / artefatos de metais não-ferrosos com ou sem tratamento de superfície, inclusive galvanoplastia; relaminação de metais não-ferrosos, inclusive ligas; produção de soldas e anodos; metalurgia de metais preciosos; metalurgia do pó, inclusive peças moldadas; fabricação de estruturas metálicas com ou sem tratamento de superfície, inclusive galvanoplastia; fabricação de artefatos de ferro / aço e de metais não-ferrosos com ou sem tratamento de superfície, inclusive galvanoplastia; têmpera e cementação de aço, recozimento de arames, tratamento de superfície. Indústria mecânica; fabricação de máquinas, aparelhos, peças, utensílios e acessórios com e sem tratamento térmico e/ou de superfície. Indústria de material elétrico, eletrônico e comunicações: fabricação de pilhas, baterias e outros acumuladores; fabricação de material elétrico, eletrônico e equipamentos para telecomunicação e Informática; fabricação de aparelhos elétricos e eletrodomésticos. Indústria de material de transporte: fabricação e montagem de veículos rodoviários e ferroviários, peças e acessórios; fabricação e montagem de aeronaves; fabricação e reparo de embarcações e estruturas flutuantes. Indústria de madeira: serraria e desdobramento de madeira; preservação de madeira; fabricação de chapas, placas de madeira aglomerada, prensada e compensada; fabricação de estruturas de madeira e de móveis. Indústria de papel e celulose: fabricação de celulose e pasta mecânica; fabricação de papel e papelão; fabricação de artefatos de papel, papelão, cartolina, cartão e fibra prensada. Indústria de borracha: beneficiamento de borracha natural; fabricação de câmara de ar e fabricação e acondicionamento de pneumáticos; fabricação de laminados e fios de borracha; fabricação de espuma de borracha e de artefatos de espuma de borracha, inclusive látex. Indústria de couros e peles: secagem e salga de couros e peles; curtimento e outras preparações de couros e peles; fabricação de artefatos diversos de couros e peles; fabricação de cola animal. Indústria química: produção de substâncias e fabricação de produtos químicos; fabricação de produtos derivados do processamento de petróleo, de rochas betuminosas e da madeira; fabricação de combustíveis não derivados de petróleo; produção de óleos / gorduras / ceras vegetais-animais/óleos essenciais vegetais e outros produtos da destilação da madeira; fabricação de resinas e de fibras e fios artificiais e sintéticos e de borracha e látex sintéticos; fabricação de pólvora/explosivos/detonantes/munição para caça-desporto, fósforo de segurança e artigos pirotécnicos; recuperação e refino de solventes, óleos minerais, vegetais e animais; fabricação de concentrados aromáticos naturais, artificiais e sintéticos; fabricação de preparados para limpeza e polimento, desinfetantes, inseticidas, germicidas e fungicidas; fabricação de tintas, esmaltes, lacas, vernizes, impermeabilizantes, solventes e secantes; fabricação de fertilizantes e agroquímicos; fabricação de produtos farmacêuticos e veterinários; fabricação de sabões, detergentes e velas; fabricação de perfumarias e cosméticos; produção de álcool etílico, metanol e similares. Indústria de produtos de matéria plástica: fabricação de laminados plásticos; fabricação de artefatos de material plástico. Indústria têxtil, de vestuário, calçados e artefatos de tecidos: beneficiamento de fibras têxteis, vegetais, de origem animal e sintéticos; fabricação e acabamento de fios e tecidos; tingimento, estamparia e outros acabamentos em peças do vestuário e artigos diversos de tecidos; fabricação de calçados e componentes para calçados. Indústria de produtos alimentares e bebidas: beneficiamento, moagem, torrefação e fabricação de produtos alimentares; matadouros, abatedouros, frigoríficos, charqueadas e derivados de origem animal; fabricação de conservas, preparação de pescados e fabricação de conservas de pescados; preparação, beneficiamento e industrialização de leite e derivados; fabricação e refinação de açúcar; refino / preparação de óleo e gorduras vegetais; produção de manteiga, cacau, gorduras de origem animal para alimentação; fabricação de fermentos e leveduras; fabricação de rações balanceadas e de alimentos preparados para animais; fabricação de vinhos e vinagre; fabricação de cervejas, chopes e maltes; fabricação de bebidas não alcoólicas, bem como engarrafamento e gaseificação de águas minerais; fabricação de bebidas alcoólicas. Indústria de fumo: fabricação de cigarros/charutos/cigarrilhas e outras atividades de beneficiamento do fumo. Indústrias diversas: usinas de produção de concreto, usinas de asfalto, serviços de galvanoplastia. Obras civis: rodovias, ferrovias, hidrovias, metropolitanos; barragens e diques; canais para drenagem; retificação de curso de água; abertura de barras, embocaduras e canais; transposição de bacias hidrográficas; outras obras de arte. Serviços de utilidade: produção de energia termoelétrica; transmissão de energia elétrica; estações de tratamento de água; interceptores, emissários, estação elevatória e tratamento de esgoto sanitário tratamento e destinação de resíduos industriais (líquidos e sólidos); tratamento/

El licenciamiento en Brasil ocurre en tres fases diferentes, según el artículo 8° de la RES-237/1997. Primero, los proyectos deben obtener una licencia previa, correspondiente a la fase preliminar del proyecto o actividad aprobando su localización y concepción, confirmando su viabilidad ambiental y estableciendo los requisitos básicos y condiciones a ser atendidos en las próximas fases de su implementación.

En segundo lugar, los proyectos deben obtener un segundo permiso, que es la licencia de instalación del proyecto. Esta autoriza a la actividad en cuestión a que se instale de acuerdo con las especificaciones técnicas de los planes, programas y proyectos aprobados, incluyendo las medidas de control ambiental y las condiciones determinadas para cada tipo de operación.

En tercer orden, existe el último permiso, que es la licencia de operación, que autoriza la operación de la actividad o proyecto, después de la verificación del efectivo cumplimiento de lo que consta en los dos permisos anteriores. A mayor abundamiento, los diferentes permisos no se pueden obtener simultáneamente, sino que se deben obtener de modo aislado o sucesivamente, según el tipo de proyecto en cuestión.

El procedimiento administrativo de licenciamiento deberá, en todos los casos, obedecer las ritualidades mínimas del artículo 10 de la RES-237/1997. A saber, éstas son: 1.- Una definición, por parte del órgano ambiental competente y con la participación del emprendedor, de los documentos, proyectos y estudios ambientales necesarios para dar inicio al procedimiento; 2.- Un requerimiento de licencia ambiental por parte del interesado, acompañando los documentos, proyectos y estudios ambientales pertinentes, dando la debida publicidad, 3.- Un análisis, por parte del órgano ambiental competente, de los documentos, proyectos y estudios ambientales presentados y la realización de visitas técnicas, en caso de ser necesarias; 4.- Una solicitud de aclaraciones y complementos por parte del órgano ambiental competente,

---

*disposição de resíduos especiais tais como: de agroquímicos e suas embalagens usadas e de serviço de saúde, entre outros; tratamento e destinação de resíduos sólidos urbanos, inclusive aqueles provenientes de fossas; dragagem e derrocamentos em corpos d'água; recuperação de áreas contaminadas ou degradadas. Transporte, terminais e depósitos: transporte de cargas perigosas; transporte por dutos; marinas, portos e aeroportos; terminais de minério, petróleo e derivados e produtos químicos; depósitos de produtos químicos e produtos perigosos. Turismo: complexos turísticos e de lazer, inclusive parques temáticos e autódromos. Atividades diversas: parcelamento do solo; distrito e pólo industrial. Atividades agropecuárias: projeto agrícola; criação de animais projetos de assentamentos e de colonização. Uso de recursos naturais: silvicultura; exploração econômica da madeira ou lenha e subprodutos florestais; atividade de manejo de fauna exótica e criadouro de fauna silvestre; utilização do patrimônio genético natural; manejo de recursos aquáticos vivos; introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas; uso da diversidade biológica pela biotecnologia.”*

una única vez, deviniendo éstos del análisis de los documentos, proyectos y estudios ambientales presentados, cuando fuere el caso, pudiendo haber una reiteración de la misma solicitud en caso que las aclaraciones y complementos no hayan sido satisfactorios. En este caso, el emprendedor tendrá un plazo máximo cuatro meses para efectuarlas; 5.- La realización de una audiencia pública, cuando fuere pertinente, de acuerdo con la regulación que corresponda al caso; 6.- La solicitud de aclaraciones y complementos por parte del órgano ambiental competente, las que devendrán de las audiencias públicas si hubieren procedido, habiendo la posibilidad de reiterar esta solicitud una vez más en caso que las aclaraciones y complementos hubieren sido insatisfactorios, contando el emprendedor con un plazo de hasta cuatro meses para poder hacerse cargo de éstas; 7.- Emisión de un parecer técnico conclusivo, y cuando fuere el caso, de uno jurídico, y; 8.- La decisión concediendo o negando la petición de la licencia, dándose la debida publicidad.

Sobre los plazos de tramitación de estas ritualidades, la legislación brasileña es bastante casuista, otorgando discrecionalidad a la autoridad ambiental competente para poder fijarlos, dependiendo del tipo de proyecto, los que determinarán mediante diversos actos administrativos. Con todo, existen ciertos plazos determinados en la RES-237/1997 en sus artículos 14 y 15, salvo norma especial u acto administrativo en contrario, se deberán respetar. Así, existe un plazo máximo de análisis de los antecedentes aportados por el emprendedor, que no podrá sobrepasar los seis meses por regla general, y más de doce meses en los que casos que el proyecto deba someterse a audiencias públicas, o en los que deba además presentar un Estudio Previo de Impacto Ambiental, que, en caso de no ser cumplido, se podrá solicitar al órgano que tenga competencia suplemente para que se pronuncie. Igualmente, y como ya se adelantó, el titular del proyecto deberá hacerse cargo de las peticiones de aclaraciones y complementos en un máximo de cuatro meses una vez formuladas, y en caso de no ser cumplido, la autoridad podrá archivar el expediente de licenciamiento.

También existen plazos de validez máximos de las diferentes licencias, determinados por el artículo 18 de la RES-1/1986-BRA. Así, el plazo máximo de validez para la licencia previa es de cinco años, para la licencia de instalación es de seis años, y para la licencia de operación de diez años. Con todo, es posible solicitar la renovación de la licencia de operación con una anticipación mínima de ciento veinte

días hasta antes de la respectiva fecha de término, estando automáticamente prorrogada hasta la manifestación definitiva de la autoridad ambiental competente.

Finalmente, cabe señalar como último régimen de evaluación los llamados regímenes especiales del artículo 12 de la RES-1/1986-BRA, en los que la respectiva autoridad ambiental podrá disponer de procedimientos especiales de evaluación, dependiendo del tipo de actividad de ser realizada. Más aún, se dispone un régimen simplificado para actividades de menor tamaño, las que podrán obtener todos sus permisos en un único procedimiento de licenciamiento. Esto, al igual que muchos aspectos de la evaluación de impacto ambiental en Brasil, es un elemento casuista que debe ser determinado por la autoridad ambiental competente.

A manera de crítica general, y quizá como uno de los más notados problemas del procedimiento de evaluación de impacto ambiental en Brasil, es el amplio rango de indeterminaciones normativas que deberán ser especificadas por la autoridad, tanto en la magnitud de los proyectos, en la determinación de plazos, o incluso en la determinación de los que es un impacto significativo. (HOFMANN, 2015, p. 40-41) Como consecuencia, esto ha devenido en la creación de un gran número de actos administrativos normativos que se hacen cargo de estas indeterminaciones, (HOFMANN, 2015, p. 53) los que muchas veces son difíciles de compilar o armonizar.

Determinado ya, en líneas generales y formales, como es el procedimiento administrativo de licenciamiento ambiental, queda por revisar como la ciudadanía puede participar, y según sea el caso, impugnar las licencias ambientales obtenidas en infracción a las normas que garantizan el derecho de participar.

#### 4.9.4 La participación ciudadana en la Evaluación de Impacto Ambiental en Brasil.

Recordando los peldaños de participación de Arnstein, en primer lugar, debemos atender al acceso a la información como presupuesto de la participación. Así, debemos atender a lo dispuesto en el artículo 10, parágrafo 1º, de la PNMA/1986-BRA, que establece que cualquier petición de licenciamiento, su renovación o concesión, deberán ser publicados en el diario oficial, bien como en un periódico local o regional de gran circulación, o en un medio electrónico de comunicación mantenido por el órgano competente. La publicación debe hacerse conforme los requisitos de forma de la Resolución N.º 6 del Consejo Nacional del Medio Ambiente y los Recursos Naturales

de 1986. Así, con esta primera medida, se logra informar a la ciudadanía del inicio y del término de los procedimientos administrativos de licenciamiento, o de reevaluación.

En según orden de cosas, está la normativa sobre acceso al expediente por parte de terceros interesados, hay que distinguir la normativa general, y la normativa especial. En lo general, se aplican a los procedimientos de licenciamiento lo dispuesto en la ley N.º 12.527/2011, en la que los órganos públicos de la administración, directa e indirecta, deberán disponer de la información pública a la ciudadanía. Si un ciudadano no tiene disponibilidad de la información que requiere, podrá solicitarla mediante el procedimiento dispuesto en los artículos 10 a 14 de dicho cuerpo legal, ante el órgano en cuestión, él que garantizará el acceso gratuito a la información, y, al menos, copias a costas del solicitante para cubrir los materiales y el valor del servicio, siempre que fuere posible. Con todo, en caso de rechazo, el ciudadano requirente podrá interponer un recurso ante el superior jerárquico del órgano requerido, dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación del rechazo al acceso a la información, el cual tendrá plazo de 5 días para acoger o rechazar el recurso en caso. En caso de rechazo, se podrá recurrir ante la Contraloría General de la Unión dentro del plazo de 5 días desde el rechazo del recurso ante el superior jerárquico.

La normativa especial de acceso a la información está referida al EPIA-IIA, cuya publicidad está garantizada en el artículo 225, párrafo 1, numeral IV, que establece la publicidad del Estudio Precio de Impacto Ambiental. En particular, el Informe de Impacto Ambiental, según el artículo 11 de la RES-1/1986-BRA, una vez solicitado y demostrado por el interesado, será accesible al público. Sus copias permanecerán a disposición de los interesados, en los centros de documentación o bibliotecas de la Secretaría del Estado del Medio Ambiente y del órgano estadual de control ambiental correspondiente, inclusive durante el periodo de análisis técnico.

Sobre la posibilidad de formular observaciones, éstas podrán realizarse tanto verbalmente como por escrito, dependiendo del caso, habiendo normativa diferente tanto para los Estudios Previos de Impacto Ambiental como para los procedimientos sometidos al régimen general de licenciamiento.

En el caso del Estudio Previo de Impacto Ambiental, las observaciones escritas podrán efectuarse según lo dispuesto en el artículo 11, párrafo 2º, de la RES-1/1986-BRA, en los plazos determinados discrecionalmente por el órgano competente. En este

orden de cosas, pese a lo escueto de la redacción del texto legal, se ha entendido que no hay mayores formalidades para la formulación de observaciones por escrito, pudiendo ser tanto manuscritos como tipografiados, pudiendo exigirse su recibo de su entrega al órgano ambiental. (LEME MACHADO, 2014, p. 298)

Por otra parte, las observaciones orales pueden realizarse mediante audiencias públicas, las que están explícitamente contempladas para el Estudio Previo de Impacto Ambiental e Informe de Impacto Ambiental en la Resolución N.º 9 de 1987 del Consejo Nacional de Medio Ambiente y de los Recursos Naturales. Según su artículo 2º, la audiencia pública deberá efectuarse siempre que haya sido solicitada por alguna entidad civil, o por el Ministerio Público, o por cincuenta o más ciudadanos. La audiencia pública será tanto dirigida y convocada por el órgano ambiental competente para licenciar, y deberá convocarla, mediante la divulgación de un llamado en la prensa local, dentro de los siguientes cuarenta y cinco días posteriores a la petición. La realización de audiencia, una vez requerida, se convierte en una ritualidad que, omitida, obstará de validez a procedimiento de licenciamiento. Al final de la audiencia, según el artículo 4º, deberá levantarse un acta en la que conste de manera sucinta los resultados de la audiencia. Además, según el artículo 5º de la Resolución citada, el acta y sus respectivos anexos servirán, junto al Informe de Impacto Ambiental, como base para la decisión final de la autoridad ambiental.

En el caso del régimen de licenciamiento común, tanto la formulación de observaciones escritas como de audiencias públicas quedará a discrecionalidad del órgano competente, según se desprende el Artículo 10, numeral V, al establecer a las audiencias públicas como ritualidad del procedimiento de licenciamiento, según corresponda. Con todo, huelga recordar que el artículo 5º, numeral XXXIV, literal 'a' de la Constitución Federal de Brasil se contempla el derecho a petición a los Poderes Públicos en defensa de los derechos o contra la ilegalidad, o contra el abuso de poder, asegurado a todos, independientemente del cobro de tasas. En ese orden de cosas, y recordando que la formulación de observaciones por escrito no debe tener mayores formalidades, existe en la teoría, más que una potestad discrecional, un deber del órgano competente de acoger observaciones al licenciamiento, al menos por escrito, según lo disponga oportunamente.

Sobre la consideración de las observaciones, como ya fue ciertamente anticipado, existe el deber de considerar el acta de las audiencias públicas en como base

de la decisión final en el caso de los Estudios Previos de Impacto Ambiental. En el caso del régimen general de licenciamiento, no existen mayores deberes al respecto.

Sobre la impugnación en sede judicial de los actos de la administración en materia ambiental Brasil, a diferencia de lo que se revisó en Chile, no existe una justicia especializada al respecto. En ese orden de cosas, la competencia para conocer del contencioso administrativo ambiental es de la justicia federal o estadual, según sea el caso. Así, en principio, según el artículo 109, numeral I, de la Constitución Federal de Brasil, a los Jueces Federales corresponderá procesar y juzgar las causas en que la Unión, entidades autárquicas o empresas públicas federales fueren interesadas en su condición de demandantes, demandadas, asistentes u oponentes, excepto en causas concursales, de accidentes del trabajo y de las sujeta a la Justicia Electoral y a la Justicia del Trabajo. Luego, subsidiariamente, las causas contencioso-administrativas en que órganos no federales sean parte serían competencia de la justicia Estadual. (SOARES SOUZA, 2014, p. 84)

Sobre las acciones que se pueden utilizar las diferentes personas afectadas para iniciar un procedimiento contencioso administrativo en materia ambiental, existen la acción popular del artículo 5º, literal LXXIII de la Constitución Federal del Brasil, que permite anular actos lesivos al medio ambiente, siendo titular de la acción cualquier ciudadano. Además, se contempla la acción civil pública, en el artículo 129, literal III, de la Constitución Federal, que permite accionar al Ministerio Público para evitar daños al medio ambiente, o para responsabilizar los daños efectuados al mismo. Además, la ley N° 7.347/1985 permite que sea interpuesta esta acción por la Unión, por los Estados, por los Municipios, por las autarquías, por las sociedades de economía mixta, por las empresas públicas, fundaciones, así como por las asociaciones constituidas con al menos un año y que tengan entre sus finalidades institucionales proteger los intereses jurídicos referidos. También, huelga señalar, que la ley N° 11.448/2007 también otorga legitimación activa a la Defensoría Pública para estos efectos. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 947)

Respecto al conocimiento de recursos sobre las sentencias dictadas en materia ambiental por los tribunales superiores de justicia, cabe señalar que, por regla general, el Superior Tribunal de Justicia tendrá competencia para estos efectos; más específicamente, la primera y la segunda sala, que son especializadas en materias de derecho público. Los recursos posibles, en materia ambiental, contra las sentencias

previamente impugnadas en los respectivos tribunales de segundo grado, son el recurso ordinario, el recurso especial, el *agravo* contra la sentencia interlocutoria que se pronuncia en el procedimiento de un recurso especial, y eventualmente, los *embargos de divergencia* en caso de que hubiere jurisprudencias contradictorias sobre alguna materia entre diferentes salas del mismo Tribunal. (ARANDA ORTEGA, 2011, p. 198)

Ya revisado esto, en suma, en el Brasil existe un procedimiento de evaluación de impacto ambiental con regímenes diferenciados, con un organismo licenciador para proyectos de mayor envergadura que es una autarquía, a saber, el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, lo que, en la teoría, le otorga desde su configuración orgánica algún grado de autonomía. Igualmente, se ha revisado el procedimiento administrativo del licenciamiento ambiental en Brasil, pudiendo concluir que, pese al amplio margen de discrecionalidad normativa que detenta la administración para reglar plazos, oportunidades y la ejecución de ciertas ritualidades, hay cabida a la participación, siendo especialmente normada en el caso de las audiencias públicas en los proyectos sometidos e Estudio Previo de Impacto Ambiental. Igualmente, existe un régimen contencioso administrativo, de competencia de tribunales generalistas, que puede conocer y dar curso a las impugnaciones sobre actos administrativos ambientales, y más específicamente, a las licencias ambientales.

Luego de esta revisión de las normativas de Chile y de Brasil, en las que es posible constatar que hay ciertos grados de autonomía del órgano decisor y de potencialidades de participación ciudadana, factores elementales para la teoría procesal administrativa de Croley, ya fuere a nivel del procedimiento administrativo propiamente tal, como en la posibilidad de impugnación de dichos actos en un procedimiento contencioso administrativo. Entonces, cabe revisar algunos casos (los que, de forma alguna, pretenden ser una muestra representativa), en los que se puede apreciar como la autonomía del órgano y la participación ciudadana permite la articulación estratégica de grupos de diversa índole que, coordinados, logran oponerse al actuar de un grupo de interés especial que desee capturar al tomador de la decisión. En el próximo capítulo, revisaré esos ejemplos, explicando como las predicciones de la captura son falibles.

## 5 CAPÍTULO 4: TRES EJEMPLOS DE FALIBILIDAD DE LA LÓGICA DE LA ACCIÓN COLECTIVA EN LA EVALUACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES

*“...Esa burocracia de los países latinos es antipática; parece que está establecida únicamente para vejar al público...”*

Pio Baroja  
En: Opiniones y Paradojas  
1945

### 5.1 Presentación.

En el presente capítulo analizaré tres casos en los que las predicciones de la lógica de la acción colectiva se ven superados, dos de ellos ocurridos en Chile, a saber, los del “Hidroaysén” y el del “Morro”. El otro, ocurrido en Brasil, es el caso de “Barra Grande”. Estos casos, sin duda, no son una muestra determinante de cómo es la tendencia mayoritaria de la captura del órgano. Sin embargo, son casos en los que se aprecia como los llamados “grupos olvidados”, en la formulación original de la lógica de la acción colectiva, logran articularse para crear una oposición a los grupos de interés especial.

Para poder efectuar el análisis de los tres casos, procederé de la siguiente forma: primero, haré un elenco de consideraciones previas, explicando, por una parte, cómo en el concepto procesal material de participación ciudadana es superada una visión meramente formal de interesado, (en el procedimiento administrativo) o de parte (en el juicio contencioso administrativo), para dar paso al concepto de actor, en el contexto de una democracia liberal, a propósito de los aportes de la teoría de las políticas públicas. Luego, como elemento contextual adicional, volveré brevemente porque la teoría procesal administrativa de Croley estudia tanto los procedimientos administrativos propiamente tales, como los juicios contencioso administrativos, lo que, en pocas palabras, se explica porque en cada oportunidad procesal, ora administrativa, ora judicial, permite a los actores representar la posibilidad de determinar el acto administrativo terminal a su favor. También, dentro de estas

consideraciones previas, explicaré brevemente bajo qué requisitos han sido escogidos estos casos.

#### 5.1.1 Primera consideración previa sobre los casos: del concepto formal de interesado al concepto material de actor, y el contexto en el cual operan, a propósito del estudio de las políticas públicas.

Normalmente, para analizar casos, se atiende siempre a las categorías jurídicas propias de los estudios formales de una legislación, y luego desde ahí se revisan las posibilidades de actuación, dentro de las normas procesales correspondientes, para poder analizar las alegaciones o defensas que el derecho le franquea a cada interesado en el procedimiento administrativo, o a cada parte en la continuidad de los autos en un juicio. En ese sentido, en el procedimiento administrativo se reconoce como interesado a quien pretende que el acto administrativo terminal le favorezca, y para ello obra aportando información y, si fuere el caso, interponiendo recursos. En este sentido, tanto la LBPA-CHI, en su artículo 21, como en la LPA-BRA, en su artículo 9º, reconocen a quien interviene en el procedimiento como interesado, y, como conductor del procedimiento, al órgano de la administración. En el caso del procedimiento judicial, en Chile el Código de Procedimiento Civil, Ley N° 1552/1902, es explícito en el uso de la categoría de parte en su libro primero de disposiciones comunes a todo procedimiento, y, particular, en sus títulos I sobre reglas generales, II sobre comparecencia en juicio y III sobre pluralidad de acciones o de parte; por su vez, el Código de Proceso Civil de Brasil, Ley N° 13.105/2015 explícitamente reconoce al concepto de parte y lo determina en sus artículos 70 a 76.

Esta visión jurídico formal de quienes intervienen en un procedimiento se aviene, sin duda, con la visión procedimental formal de la participación ciudadana propuesta en este texto, la que, ciertamente está superada por la visión procesal sustancial que se ocupa del estudio de los procedimientos en general desde la teoría regulatoria.<sup>67</sup> En este orden de cosas... ¿Qué abordaje adicional al análisis formal de partes o interesados podremos agregar, para entender mejor el desarrollo de los procedimientos, y como permiten una oposición a las predicciones de captura de la lógica de la acción colectiva? Una posibilidad es estudiar a los interesados y a las partes desde la óptica de los actores de las políticas públicas.

---

<sup>67</sup> *Supra*, pp. 17-20.

Para estudiar a quienes intervienen en los procedimientos, más allá de las categorías formales, se precisaría de alguna justificación siquiera. Ciertamente, se pueden ofrecer dos justificaciones para ello. La primera, es que el marco teórico usado por Croley, y adaptado para efectos del presente texto, lo permite. La segunda, es con razón del nexo existente entre los conceptos procesal material y como principio jurídico de la participación ciudadana. Revisemos a continuación cada justificación.

En primer orden de cosas, si bien la metodología de Croley permite una crítica jurídica a la lógica de la acción colectiva, su análisis necesariamente debe efectuarse más allá de lo formal, pues, usa herramientas prestadas de la ciencia política, para efectos de debatir sobre la predictibilidad del derecho, en especial, cuando revisa y critica las teorías neopluralistas y del republicanismo cívico. (CROLEY, 2008, p. 53-68) Luego, siendo consecuentes con este marco teórico, y sin perjuicio de las limitaciones<sup>68</sup> y adaptaciones<sup>69</sup>, es posible efectuar un análisis de actores, más allá de lo meramente formal.

En un segundo lugar, tiene algún sentido discutir en el contexto jurídico de algunas cuestiones políticas, dado que la participación ciudadana, ciertamente, también opera ambivalente como un principio jurídico y un principio de política, tal como lo denoté a propósito de las preocupaciones de Dworkin en sus trabajos sobre los principios jurídicos.<sup>70</sup> En ese sentido, discutir las formas de la actividad de los intervinientes y actores, a la luz de la participación ciudadana, es también discutirla como una cuestión del proceso de las políticas públicas. Sé que la pretensión del formalismo es aislar las categorías jurídicas lo mejor posible, pero la práctica casuista no siempre lo permite. En especial, como revisé anteriormente, ya fuere con valoraciones benéficas o no, siempre que haya indeterminación (o derechamente inexistencia) de las políticas, planes y programas en materia ambiental, los instrumentos de gestión, (y en el caso del presente texto, la evaluación de impacto ambiental) terminará implementando y decidiendo políticas públicas,<sup>71</sup> jugando ahí un papel importante la ambivalencia jurídico-política de los principios del derecho ambiental.

---

<sup>68</sup> *Supra*, pp. 55-65.

<sup>69</sup> *Supra*, 75-79.

<sup>70</sup> *Supra*, p. 23.

<sup>71</sup> *Supra*, p. 65.

En suma, cabe efectuar un análisis desde la categoría de actores desde la ciencia política, porque el marco teórico adoptado (y adaptado) así lo permite, y porque la ambivalencia jurídica-política de los principios de derecho ambiental abre la posibilidad de efectuar dicho análisis. Entendido esto, revisaré brevemente en qué consiste este análisis posible y como se aviene con las categorías jurídicas formales.

Para efectuar un análisis, siquiera somero, de los actores en los diferentes procedimientos, debemos atender al contexto en el cual se desarrollan, el cual es el Estado capitalista, democrático y liberal. Se entiende que es capitalista como oposición al proyecto fallido del socialismo de Estado impulsado en el siglo XX por la Unión Soviética, sienta el modelo imperante hoy, debiendo asegurar a los particulares derechos de propiedad como base de la acumulación de capital. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 60-62) Es liberal, dado que para permitir el dinamismo de las prácticas de producción, intercambio y consumo requiere de libertades individuales para que las diferentes personas puedan emprender negocios y obtener lucros con ellos. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 62-64) Finalmente, es democrático en el sentido que permite la asociación de los individuos, resguardando derechos colectivos y de sufragio para poder elegir en elecciones periódicas a los diferentes representantes, quienes en sus diferentes gestiones políticas no sólo asegurarían las libertades y derechos individuales, sino que apoyarían derechos colectivos para el bienestar general de la población, tales como el derecho a sindicalizarse, o a ciertas prestaciones sociales. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 64-65)

Particularmente, en la evaluación de impacto ambiental, es importante considerar los elementos contextuales propios del procedimiento de evaluación, los cuales se pueden clasificar en cuatro tipos diferentes, a saber: en primer lugar, están las regulaciones y arreglos institucionales que sustentan a los procesos de evaluación ambiental; en segundo orden de cosas, están las aproximaciones y técnicas para abordar la evaluación en su contenido; en tercer lugar, están las capacidad y recursos disponibles para poder realizar la evaluación de impacto ambiental. En cuarto, por último, también es importante el tipo de proyecto según su envergadura. (MORRISON-SAUNDERS, BAKER e ARTS, 2003, p. 45)

Así, y a rasgos sumamente generales, entre la tensión de las libertades para emprender y los derechos reclamados por el colectivo, surge la necesidad de interacciones políticas de diferentes sujetos, quienes actúan o a título individual o

grupales para perseverar en diferentes proyectos políticos de mudanza o mantenimiento de las actuales normas jurídicas. Esos sujetos que participan del proceso políticos son identificados como actores en el análisis de las políticas públicas. Con todo, diferentes actores políticos requieren de formas jurídicas para poder ejercer sus actividades de cambio o reformas, evitando excesos y arbitrariedades, esto es, sujetándose a mecanismos jurídicos de control.

Sobre los diferentes actores del proceso político, al menos en el escenario doméstico, son reconocidos a los políticos electos, el público, la burocracia, los partidos políticos, grupos de interés o de presión, los centros de estudio o *think tanks*, medios de comunicación de masas, consultores expertos, y eventualmente los jueces.

Sobre los políticos electos, se refiere básicamente al presidente y a los miembros del congreso democráticamente electos. En los regímenes de Chile y de Brasil, pese a las notadas diferencias entre federalismo y unitarismo,<sup>72</sup> comparten el hecho de ser regímenes presidencialistas, esto es, que el poder ejecutivo controla gran parte de la agenda legislativa, y prácticamente monopoliza las funciones de gobierno y administración. En ese orden de cosas, y a rasgos generalísimos, el presidente designa a las carteras ministeriales que ejercerán la función de gobierno en diferentes ámbitos de competencia según la materia, mientras que el congreso estará compuesto por dos senadores y diputados, los que aprueban, rechazan o proponen leyes según sea el caso. Jurídicamente hablando, la consagración de estos actores deviene de la Constitución y es desarrollado en leyes orgánicas y los reglamentos respectivos. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 69-70) En su calidad de actores, y dado que tienen altas investiduras políticas, los políticos electos pueden legislar e impulsar las políticas públicas directamente. Sin embargo, su mayor problema recae en la falta de conocimientos específicos sobre varias materias de alta complejidad, lo cual los hace influenciados a las opiniones de expertos. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 71)

Refiriéndonos ahora al público como actor, está referido al electorado en general, sin mayor organización y que detenta una opinión y valoración sobre las políticas públicas que le afectan. En ese sentido, su mayor herramienta de participación es el sufragio para elegir políticos, la llamada opinión pública les sirve a otros actores

---

72

para determinar un cierto estado de satisfacción de las medidas adoptadas. También, el público es el destinatario de las políticas públicas y de sus resultados. El impacto del público en general es difuso, y dependerá de los mecanismos de participación que disponga un determinado Estado. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 73) En una nomenclatura jurídica, el público está referido en terminología general y amplia de “pueblo” en el artículo 1º parágrafo único de la Constitución Federal de Brasil, y en el artículo 5º inciso primero de la Constitución de Chile. En lo jurídicamente operativo y vinculante, el público se manifiesta a través del sufragio, en elecciones periódicas, debiendo atenderse a la normativa específica para esos fines, que en el caso de Brasil es la Código Electoral, ley 4.737/1965, en Chile la ley 18.700/1988 sobre votaciones populares y escrutinios.

También otro actor relevante son los partidos políticos, cuya función es actuar como un grupo organizado para promover militantes en las elecciones periódicas, y que pasen a ser políticos electos. También, una vez que sus militantes logran ser elegidos, tienen una gran influencia para que éstos asignen militantes en cargos de confianza en las burocracias estatales. Sin embargo, la influencia difusa que tienen en la formulación de políticas públicas, y en los procesos administrativos especializados es limitada. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 78) Normativamente, los Estados tienen leyes de regulan su constitución y funcionamiento, que en Brasil es la ley 9.096/1995 sobre partidos políticos, y en Chile la ley 18.603/1987 orgánica constitucional de partidos políticos.

Uno de los actores más relevantes a considerar en las materias de estudio del presente texto, y que ciertamente ya han sido caracterizadas latamente, son los grupos de interés o de presión. Sobre este punto no me referiré mayormente, pues responden a los grupos de interés especial.<sup>73</sup> Con todo, es posible adicionar otros ejemplos de grupos de presión no tratados en este texto, pero que son relevantes para la formulación de políticas públicas, a saber, los sindicatos, juntas de vecinos, o comunidades religiosas. Con todo, y más allá de las caracterizaciones de Olson, es posible aseverar que los efectos políticos de los grupos de interés son inciertos, en la medida que sus propósitos no atiendan a fines puramente electorales o de captura del Estado. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 79) En su conformación normativa, ésta variará

---

<sup>73</sup> *Supra*, pp. 29-32.

dependiendo del tipo de persona jurídica que les de sustento para actuar legalmente como interesado o parte, siendo esto evaluable caso a caso, pudiendo constituirse como asociaciones gremiales, sindicatos, sociedades, corporaciones, fundaciones, sólo por nombrar algunas.

Cabe agregar a los actores los centros de estudios o *think tanks*, los cuales son agrupaciones de expertos, que responden a los intereses de alguna otra agrupación como grupos de presión o partidos políticos, y ofrecen opiniones, recomendaciones o sugerencias fundamentadas, altamente especializadas, de cariz técnico y científico, para apoyar o rechazar cierta tendencia o postura en la formulación de una política pública, a diferencia de la investigación realizada en universidades, institutos o centros de investigación científica. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 82) Su influencia es indirecta, al ofrecer un sustento científico o técnico a quienes no lo detentan, por ejemplo, a los políticos electos. La conformación jurídica de estos grupos es variable, al igual que el caso los grupos de interés.

Un actor relevante a considerar para efectos de estos estudios son los medios de comunicación de masas, los que, si bien tienen una influencia indirecta en el ciclo de las políticas públicas, son un actor relevante en el sentido que con las informaciones que emiten pueden ayudar a direccionar la opinión del público en un sentido o en otro. (HOWLETT, RAMESH e PERL, 2013, p. 84) Jurídicamente hablando, su ejercicio está regulado por leyes especiales que desarrollan el derecho a la libertad de prensa.

Eventualmente, otro actor relevante es el poder judicial. Si bien es cierto que los tribunales de justicia están ideados para ser imparciales en la resolución de sus conflictos, muchas veces, de forma inevitable, sus decisiones terminan inclinando la resolución de problemas sociales en favor de un grupo de interés especial, o en favor de la comunidad organizada en grupos pequeños coordinados. Esto conlleva a la valoración del poder judicial como activista cuando contraviene los intereses de un determinado sector político (KOERNER, COOK INATOMI e BARATTO, 2011, p. 30), lo que se torna particularmente sensible cuando los fallos hacen referencia a los derechos sociales. (CARAMELO DÍAZ, 2015, p. 106-110)

Particularmente, en el caso de la evaluación ambiental, todo proceso de evaluación de impacto ambiental cuenta con diversos interesados. Éstos suelen ser tres tipos de actores: En primero, están los proponentes o titulares del proyecto, quienes

suelen ser empresas privadas, empresas de servicios públicos u organizaciones del Estado que desean desarrollar una actividad productiva, debiendo gestionar o mitigar los impactos de ésta, ya fuere por mandato legal o por iniciativa propia. (MORRISON-SAUNDERS, BAKER e ARTS, 2003, p. 44)

En segundo lugar, se puede señalar a los órganos del Estado que evalúan los impactos ambientales, los que, como se dijo, se presentan como agencias en el derecho administrativo anglosajón o como autarquía administrativa en el derecho administrativo continental. Estos órganos deben evaluar los proyectos presentados por los proponentes, entregar alguna retroalimentación sobre las propuestas, aprobarlas según sea el caso, y monitorear su operación en el tiempo. (MORRISON-SAUNDERS, BAKER e ARTS, 2003, p. 44)

En tercer lugar, encontramos a la comunidad, quienes son las personas afectadas por las consecuencias ambientales que conlleva la ejecución del proyecto en evaluación, teniendo un rango variable de interesados involucrados, pudiendo ser desde una pequeña comunidad hasta el involucramiento de organizaciones internacionales, según sea el caso. (MORRISON-SAUNDERS, BAKER e ARTS, 2003, p. 44) A mayor abundamiento, en el campo ambiental es claro que el derecho ambiental gradualmente se está moviendo desde tratados que crean compromisos dentro comunidad de Estados, entre obligando a diferentes países, a un enfoque que involucra como actores a las personas, tanto jurídicas como naturales. (SANDS, 2003, p. 15)

Sobre lo que se entiende por comunidad, para efectos de la evaluación de impacto ambiental, esta es muy difícil de perfilar en casos, ya que los grupos no son necesariamente homogéneos, habiendo tanto poblaciones tradicionales de un lugar, como afuerinos que vienen a habitar un lugar, con valores e intereses diferentes a las poblaciones asentadas con anterioridad. En ese sentido, la participación puede tener diferentes intereses, incluso contrapuestos, e muchas veces muy difíciles de satisfacer al mismo tiempo. (ECCLESTON, 2011, p. 177) Para efectos de poder caracterizar a los futuros afectados, y eventualmente interesados en un procedimiento administrativo, de forma de dar alcance a los impactos socioeconómicos de un proyecto, se debe considerar los valores y normas culturales, recursos sociales y políticos, mudanzas en los individuos y sus familias, recursos de la comunidad y características de la población. (ECCLESTON, 2011, p. 182-183)

En ese orden de cosas, la consideración de los impactos sociales, y luego, la composición de la comunidad varía de acuerdo con la cantidad de trabajos que se requieren en cada etapa, a saber, construcción, operación y cierre de faenas. Por ejemplo, en la construcción se suele requerir mayor cantidad de trabajadores, cuya instalación en una comunidad puede alterar las formas de vida. Luego, la operación puede requerir un menor número de población flotante, para emplear un mínimo de personas para la etapa de cierre. (ECCLESTON, 2011, p. 182)

Los impactos socioeconómicos en la comunidad deben ser, idealmente, guiados por un ideal de justicia ambiental, esto es, que no afecten exclusiva y desproporcionadamente a ningún grupo humano en particular, con independencia de su etnia, religión, cultura o extracción social y política, procurando un tratamiento, con igualdad, respecto de otros grupos humanos, para disfrutar del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente equilibrado. (ECCLESTON, 2011, p. 189)

Con todo, existe, en casos, el problema de las comunidades que se involucra y participan, sin embargo, por ser proyectos con información compleja y por los participantes no contar con elementos suficientes para procesar la información, sus aportes pueden ser considerados como insuficientes para ofrecer algún elemento de decisión. (ALLEN, 1998, p. 303-304) Esto no es sino una especificación de los problemas derivados de la captura por la vía de la información, ya explicados anteriormente.<sup>74</sup>

Pese a ello, para superar estos defectos de representatividad frente a las autoridades que toman decisiones ambientales, las comunidades tienden a confiar y a apoyarse en otros actores, como ONGs, para efectos de poder participar en los procesos decisorios ambientales, enfrentando estos asuntos a una administración que no les considera debidamente. (ALLEN, 1998, p. 308; HICKOK, 1996, p. 6)

En adición a lo anterior, la configuración de los procedimientos asociados a la evaluación ambiental debe procurar que los interesados actúen cooperativamente entre sí, sin perjudicarse y sin poner trabas al curso de la evaluación, (MARSHALL, ARTS e MORRISON-SAUNDERS, 2005, p. 179) lo que en términos jurídicos, ciertamente,

---

<sup>74</sup> *Supra*, pp. 55-57.

es una expresión de la buena fe llevada a los autos administrativos de evaluación de impacto ambiental.

Como ya se ha venido adelantando, el estudio de los casos recaerá sobre la interacción entre los grupos de interés especial, y como otro elenco de grupos se constituyen como una articulación en favor del interés público. Los otros actores serán tratados subsidiariamente, en la medida que logren apoyar o refrenar las posiciones sostenidas por uno u otro grupo. Si bien se privilegiará un análisis jurídico de estas contiendas, se perfilará el rol de los actores, en lo posible, con estos rudimentos de la teoría política.

#### 5.1.2 Segunda consideración previa sobre los casos: el procedimiento contencioso administrativo en el contexto de la teoría procesal administrativa.

También, y si nos ceñimos a un estricto sentido formalista, la teoría procesal administrativa, adaptada al derecho chileno y brasileño en particular, y a la tradición continental en general, debería sólo atender al análisis del procedimiento administrativo, y no a su judicialización ulterior. Aunque quizá sea de perogrullo contestar esta idea, es menester hacerlo. Para ello, esgrimiré tres razones: la primera razón, y por obvia que parezca, es que la impugnación judicial de cualquier acto administrativo determinará, entre otras cosas, si tendrá validez o no. En caso de que llegue a tenerla, también versará sobre su contenido, y consecuentemente, como operarán sus efectos en la vida jurídica. No considerar las impugnaciones judiciales ulteriores sería, al menos, una negligencia motivada por un análisis formalista.

A mayor abundamiento, y siguiendo el marco teórico ofrecido por Croley, la independencia del órgano que toma la decisión política debe verificarse tanto en el procedimiento administrativo propiamente tal, como en los mecanismos de impugnación judicial del mismo, siendo, ciertamente, los tribunales garantes de evitar la captura, mediante la litigación de la ciudadanía contra los grupos de interés especial. (CROLEY, 2008, p. 140-142) En este orden de cosas, los cuestionamientos a la captura pasan no sólo por la falibilidad de un órgano administrativo, o de un poder del Estado en particular, sino por el conjunto de los procesos legislativo, administrativo, y judicial. Particularmente, según los propósitos de este texto, pasan por el procedimiento administrativo ante la autoridad ambiental y por el procedimiento contencioso administrativo ante el tribunal competente.

En ese orden de cosas, en el contexto de la doctrina jurídica ambiental, la participación popular en miras de la conservación ambiental se encuadra en un cuadro más amplio que la mera participación política con el sufragio, ante los intereses difusos y colectivo de la sociedad. Así, la participación en la interposición de recursos administrativos es fundamental, y las acciones judiciales deben ser utilizadas para exigir a la Administración el cumplimiento de sus obligaciones de hacer en lo concerniente al derecho de información y de participación. (LEME MACHADO, 1997, p. 315-318)

5.1.3 Tercera consideración previa sobre los casos: criterios para su selección, especialmente con relación a los actores y a la tramitación judicial y administrativa.

Para escoger los casos, he estimado que estos deben ser representativos de lo que se considera un conflicto ambiental. Es posible definir un conflicto ambiental, en un sentido integral y no puramente jurídico, atendiendo a cuatro criterios: el primero, es que existan diferencias de opinión sobre el uso y acceso a los recursos naturales; el segundo, que en el conflicto sea posible identificar dos o más actores, los que pueden ser tanto públicos, como privados, personas naturales o jurídicas; el tercero, es que la controversia se desarrolle públicamente, mediante procedimientos administrativos, acciones interpuestas en tribunales, cartas en los periódicos, protestas, etc., y; el cuarto, es que exista algún registro de los conflictos en los medios de comunicación. (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 5-6)

Revisando estos requisitos con mayor detención, logran tener aún más sentido las dos consideraciones expuestas previamente. Sobre el primer requisito, no caben mayores explicaciones, pues es bien sabido que todo conflicto requiere de diferentes opiniones, o si se quiere, en una terminología jurídica pulcra, de una pretensión resistida jurídicamente relevante. El requisito segundo implica identificar actores más allá de las meras formas jurídicas de interesado o de parte, lo que está en correspondencia con el análisis de actores usado por los estudios políticos. El tercer requisito expresa la necesidad de considerar la tramitación de procedimientos administrativos o de juicios contencioso-administrativos, según sea el caso, lo que está en plena consonancia con las consideraciones de Croley expuestas anteriormente. Finalmente, el cuarto requisito, los registros en los medios, requiere de la intervención de los medios de comunicación como actor en el desarrollo del conflicto.

Revisado entonces por qué el análisis de los casos incluirá el desarrollo de las acciones judiciales contencioso administrativas, y también el señalado análisis de los actores, y como esto ayuda a perfilar de mejor manera los cuatro requisitos de un conflicto medioambiental, procederemos a estudiar los casos anticipados, a saber, el caso “El Morro”, el caso “Hidroaysén” y el caso “Barra Grande”.

## 5.2 Caso El Morro

El caso “el Morro” es una buena evidencia de como una comunidad logra organizarse y contraponerse a una gran empresa minera. El caso data del año 2008, con el inicio del estudio de impacto ambiental. El proyecto fue impulsado por las empresas canadienses Goldcorp y New Gold, diseñado para obtener 2500 millones de dólares, utilizando un total de 2363 hectáreas, incluidos los tranques de relave en la comuna de Alto del Carmen, III Región de Atacama. (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017) Particularmente, la empresa Goldcorp es una de las mayores compañías mineras de oro a nivel mundial, siendo, en el 2008, la empresa con mayor capitalización de mercado en el rubro, con 21,630,000,000 de dólares americanos. (THE NORTHERN MINER, 2012) A la fecha de redacción de este texto, es la cuarta mayor productora de oro en el mundo, registrando una producción de 89,4 toneladas de oro en el 2016, y 107,8 toneladas de oro en el 2015. (BIZVIBE, 2018) Actualmente, la empresa opera con cuatro proyectos en Canadá, un proyecto en México, otro Argentina, y un en *joint venture* en República Dominicana. (GOLDCORP, 2019) Cabe señalar también que Goldcorp es parte de la Sociedad Nacional de Minería de Chile, es la institución gremial, fundada en 1883, que agrupa y representa en Chile a la actividad minera de gran, mediana y pequeña escala, metálica y no metálica, que cuenta con 76 compañías de la mediana y gran minería y empresas proveedoras. (SONAMI, 2018, p. 10,81)

En un comienzo, el proyecto estaba pensado para operar con agua desalinizada, pero la empresa estaba, por otra parte, comprando anticipadamente derechos de aprovechamiento de aguas a las comunidades locales, las cuales, desde temprano, estaban en oposición al proyecto, siendo éstas la Comunidad Diaguitas Huascoaltinos, el Consejo de Defensa del Huasco, la Parroquia Nuestra Señora del Carmen, y la Coordinadora Ambiental Alto del Carmen. (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017) Según afirman ellos mismos, los huascoaltinos son una

comunidad indígena y tradicional que habita en la parte alta del valle del Huasco, que vive de la actividad agrícola, teniendo un dominio comunitario de propiedad sobre 381.000 hectáreas, de las cuales actualmente sólo tienen efectiva propiedad de 140.000 gracias a diversas apropiaciones territoriales de terceros. (COMUNIDAD AGRÍCOLA DIAGUITA LOS HUASCOALTINOS , 2009) Específicamente, son parte del pueblo indígena diaguita, y están asentados en los fondos de los valles a lo largo del río Tránsito y sus afluentes, en los ríos Chollay y Conay. (MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, GOBIERNO DE CHILE, 2016, p. 48) Según las estimaciones demográficas, los diaguitas en Chile son 63,081 personas en el 2015, de los cuales el 55,7% habitan en la región de Atacama. (MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, GOBIERNO DE CHILE, 2017, p. 5,11)

La principal preocupación de las comunidades locales era el abastecimiento de agua, pues los proyectos mineros precisan grandes cantidades de recursos hídricos. (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017) En otro sentido, la empresa presentó un proyecto incompleto, esperando presentarlo íntegramente en el transcurso del proceso de evaluación, generando desconfianza en la comunidad. (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96) En ese escenario, las empresas trataron de aproximarse, organizando reuniones con los posibles afectados para obtener algún nivel de respaldo. Estas reuniones fueron rechazadas desde el comienzo. (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96)

El proceso de participación ciudadana ocurrió en una comunidad rural que no tenía la preparación científica y técnica para procesar un estudio de impacto ambiental, la que debió abordar siete volúmenes de más de 500 páginas cada uno, y más de 1150 documentos anexos. (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96) Cabe recordar que el plazo legal para formular las observaciones, de acuerdo con la legislación chilena, es de 60 días, conforme lo establece el artículo 29 la LBGMA.

Frente a aquellos grandes obstáculos, las comunidades mantuvieron la cohesión social, pero desarrollando una participación poco contundente en los aspectos técnicos. La mayoría de las observaciones se limitaron a apuntar, en palabras simples y coloquiales, que estarían en peligro las aguas de regadío del valle, la salud humana y animal. Con todo, fueron formuladas más de 312 observaciones. (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017)

Otro punto interesante, es que la mayor parte de los interesados son indígenas, y pedían que fuere aplicada la consulta indígena contemplada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Tanto la administración del Estado como las empresas fueron contrarias a este proceso de consulta, porque dicha comunidad no era considerada explícitamente en la ley de desarrollo indígena 19.253/1994.

En el año 2011, la Comisión de Evaluación Ambiental autorizó el proyecto, generando una fuerte oposición en los tribunales superiores de justicia, primero con una acción de protección, pidiendo la nulidad de la autorización administrativa, por no permitir en la oportunidad correspondiente una efectiva participación ciudadana, incumpliendo también las obligaciones de la consulta del Convenio 169 de la OIT, la cual fue acogida por la Corte de Apelaciones de Copiapó y luego confirmada por la Corte Suprema.<sup>75</sup> En este caso, como ya fue señalado, se puede apreciar la utilización impropia de la acción de protección como acción para impugnar actos administrativos.

Retornando al relato del caso, luego de que los tribunales superiores acogieran la petición de las comunidades indígenas, el titular del proyecto volvió a someter el proyecto a evaluación ambiental, obteniendo una vez más autorización para proceder con el proyecto, siendo impugnada con tres acciones de protección por parte de los afectados.<sup>76</sup> Estas acciones fueron rechazadas en primera instancia, pero finalmente acogidas por la Corte Suprema en el año 2014, la que volvió a anular la autorización, pidiendo realizar, de buena fe, un proceso de consulta indígena.<sup>77</sup> Las empresas, en octubre de 2014, desistieron de desarrollar el proyecto frente a un marco normativo que consideraron poco claro. (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 96)

Es posible observar en este conflicto que la comunidad, por la falta de apoyo científico técnico, no logró aportar información suficiente en las primeras etapas de evaluación, confirmando uno de los más notados defectos de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Sin embargo, gracias una fuerte cohesión social y un argumento consistente, basado en la necesidad de la consulta del Convenio 169 de la OIT, hubo una oposición en los tribunales superiores de justicia, existiendo una salvaguarda a la captura del Estado en el actuar del poder judicial, y no la

---

<sup>75</sup> Corte Suprema. Rol 618-2011.

<sup>76</sup> Corte de Apelaciones de Copiapó. Rol 250-2012, Rol 151-2013 e Rol 436-2013.

<sup>77</sup> Corte Suprema. Rol 8774-2014.

Administración misma, cuestión que, ciertamente, otorgó un rol prevalente al poder judicial como actor, en la salvaguarda de los derechos de la comunidad huascoalina. De otra forma, pese a la asimetría de información entre la empresa y la comunidad, y al desbalance de la comunidad local frente a una de las mayores empresas de minería de oro en el mundo, los tribunales de justicia lograron dar la razón a quienes se articularon contra un grupo de interés especial, por lo que el papel de la Administración fue consonante con los de la empresa.

### 5.3 Caso HidroAysén.

El caso HidroAysén correspondió a un proyecto de generación de energía de gran envergadura, consistente en cinco centrales hidroeléctricas a ser construidas en el río Baker, en la XI región de Aysén, afectando a tres comunas: Cochrane, Tortel y O'Higgins. La superficie total que sería utilizada por los embalses sería de 5910 hectáreas, con una potencia proyectada de 2740 MW, y siendo titular del proyecto la empresa Hidroaysén S.A., sociedad de Colbún-Endesa. La inversión total sería de unos 3200 millones de dólares. (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017) El proyecto evaluado consideraba sólo la generación de energía eléctrica, y no contemplaba proyectos de transmisión ni de distribución de la energía generada.

El proyecto ingresó a evaluación ambiental en el año 2008, y desde un comienzo tuvo resistencias, pues la comunidad se organizó rápidamente por los siguientes actores sociales: Coalición Ciudadana por Aysén Reserva de Vida, Corporación por el Desarrollo de Aysén (CODESA), Comité Nacional Pro Defensa de la Fauna y la Flora (CODEFF), Consejo de Defensa de la Patagonia, Agrupación de Defensores del Espíritu de la Patagonia, Corporación Costa Carrera, Escuela de Guías de la Patagonia, Escuela NOLS, Cámara de Turismo y Comercio de Puerto Río Tranquilo, ONG Ecosistemas, Fundación Conservación Patagónica, Agrupación Nacional Jóvenes Tehuelches, el obispo Luis Infanti, y el senador Antonio Horvarth. Todos esos actores, en el proceso de participación ciudadana, lograron formular 10.081 observaciones, en el plazo de 60 días. (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017) Esas observaciones fueron de diferente tenor, siendo algunas de habitantes menos instruidos, de antiguos colonos, y de ONGs con experticia técnica. (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 208)

Igualmente, desde el comienzo de la evaluación, los servicios públicos coordinados por la autoridad ambiental formularon una gran cantidad de observaciones al proyecto. Por ejemplo, la Dirección General de Aguas formuló 949 observaciones en el primer informe consolidado de evaluación, 114 de la Dirección General de Obras Hidráulicas, y 133 del Servicio Nacional del Geología y Minería. (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017)

Así, entre el año 2009 y 2011 la empresa presentó tres *addenda* para superar las omisiones del proyecto y responder a las observaciones ciudadanas, siendo autorizado el día 9 de mayo de 2011, habiendo en contra una fuerte presión social, dados sus impactos ambientales. Al día siguiente, en Santiago, se reunieron 15.000 personas en una protesta según las informaciones entregadas por carabineros, y 70.000 según la información de las organizaciones sociales. (INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2016, p. 208)

Después, el proyecto fue impugnado con una acción de protección ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en el año 2011, la cual denegó la petición de los demandantes,<sup>78</sup> situación que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia en la respectiva apelación.<sup>79</sup> Con todo, los representantes de la comunidad perseveraron con un recurso administrativo contemplado en caso de modificaciones al proyecto, por no considerar debidamente la participación ciudadana. Este recurso debería ser resuelto por Comité de Ministros contemplado en el artículo 20 de la LBGMA. Ese comité resolvió que el proyecto, por no considerar debidamente las observaciones de la ciudadanía, y también por no ofrecer medidas adecuadas de reparación, debería ser anulado, cuestión que ocurrió en junio del 2014. (SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, 2017)

Revisando el proceso de participación ciudadana, en este caso, existió una fuerte oposición a los grupos de interés especial desde una comunidad organizada. Acá, la comunidad contó con apoyos y recursos económicos, con articulaciones políticas y sociales fuertes que permitieron desarrollar incluso un acto masivo de protesta. En ese sentido, algunos podrían aseverar que este conflicto fue la contraposición de dos grupos de interés especial. Sin embargo, para efectos del marco teórico entregado por Croley,

---

<sup>78</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol179-2011.

<sup>79</sup> Corte Suprema, Rol 10220-2011.

es muy sencillo apreciar que las comunidades locales, sin perjuicio de la articulación que han logrado con actores de alcance nacional o internacional, se articularon generando una oposición jurídica consistente.

También, en este caso, los tribunales no interfirieron mayormente en la decisión administrativa, denegando las peticiones de la acción de protección, detentando un rol consonante a los del grupo de interés especial. La Administración del Estado estuvo dividida en el contexto de la evaluación, dado el rol del Servicio Nacional de Geología y Minería de la Dirección de Obras Hidráulicas que formularon sendas observaciones al proyecto, sin perjuicio de estar, dada la configuración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, procurando perfeccionarlo para apuntar a su aprobación. Con todo, los actores determinantes en el conflicto fueron el público y los políticos que decidieron dejar sin efecto la autorización del proyecto en la sesión del Comité de Ministros. En este sentido, no se cumplió cabalmente la predicción de la captura de tener a políticos electos, siquiera indirectamente, sujetos a los intereses de un grupo de interés especial. Por el contrario, en el afán de obtener un buen resultado electoral, se han plegado a los clamores de la ciudadanía. Si las predicciones de la captura fueran acertadas e infalibles, el Comité de Ministros habría apoyado el proyecto, determinando así una política pública de una matriz energética con un fuerte componente hidroeléctrico, en desmedro de los servicios ecosistémicos propios del sur del país.

#### 5.4 Caso “Barra Grande”

El caso de Barra Grande trata sobre una central hidroeléctrica emplazada en el valle del río Pelotas, en la frontera entre los Estados brasileños de Río Grande del Sur y Santa Catarina. El proyecto estaba ideado para inundar 93,4 kilómetros cuadrados, con un volumen de agua cercano al  $5.000 \times 10^6$  metros cúbicos, y una profundidad proyectada promedio de 100 metros. Esta área inundada afectaría tierras en cinco municipios del Estado de Santa Catarina, a saber: Anita Garibaldi, Cerro Negro, Campo Belo do Sul, Capão Alto y Lages. También afectaría tierras en cuatro municipios del Estado de Río Grande del Sur: Pinhal da Serra, Esmeralda, Vacaria y Bom Jesus. La altura de máxima de la represa es de 180 metros, y su extensión de 670 metros de largo. Su capacidad proyectada de producción es de 690 Mega Watts. (INSTITUTO BRASILEÑO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES, 2019; PROCHNOW, 2005, p. 80) Con razón de estos antecedentes, la tramitación del

proyecto debía ser por el régimen de Estudio Previo de Impacto Ambiental, siendo la autoridad ambiental competente el Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, dado que los efectos adversos alcanzarían a dos Estados.

Con relación a los actores involucrados, el proponente del proyecto fue la empresa Energética Barra Grande Sociedad Anónima, la que, a su vez, es un consorcio de construcción y operación del central integrado por Alcoa Aluminio Sociedad Anónima, el holding Camargo Correa, la Compañía Brasileña de Aluminio y DME Energética Ltda. Por su parte, la ciudadanía y las comunidades locales lograron articularse a través de la Federación de Entidades Ecologistas Catarinenses y a través de la Red de ONGs de la Bosque Atlántico, de modo de poder actuar coordinadamente.

El principal impacto ambiental que debió enfrentar el proyecto fue un daño irreversible a formaciones de especies vegetales amenazadas de bosque atlántico, bioma que fue predominante en las regiones este, sudeste y sur de Brasil, este del Paraguay y en la provincia de Misiones en Argentina, el que actualmente se encuentra reducido por la explotación humana a tan solo el 7,4% de su extensión original, ascendente a los 1.713.535 kilómetros cuadrados. (DI BITETTI, PLACCI e DIETZ, 2003, p. 35) En particular, se amenazó un área endémica de bosque ombrófilo mixto, propio del sur de Brasil, reducido hoy al 2% de su cobertura original, habiendo en la región inundada ejemplares del pino del Paraná (*Araucaria angustifolia*), cuyos ejemplares están diezmados y reducidos. (PROCHNOW, 2005, p. 8)

El proyecto comenzó su tramitación en el año 1998, encargando el proponente los respectivos estudios técnicos a la empresa ENGEVIX. Tanto en los documentos presentados por la empresa encargada del estudio previo, como por los antecedentes dispuestos en la visita técnica desarrollada, no hay constancia alguna de los impactos ambientales antedichos. Luego, en la primera audiencia pública, realizada en el municipio de Anita Garibaldi en el Estado de Santa Catarina, la ciudadanía intentó hacer patente estas irregularidades. Sin embargo, las asimetrías de información, un procedimiento poco claro para guiar la audiencia, falta de información entregada por el emprendedor y la falta de capacidad técnica de la comunidad local para procesar la información impidieron, entre otras razones, que la participación fuera fructífera. (MILANI DE LIMA, 2006, p. 129) En este contexto, la empresa obtuvo su licencia previa en diciembre del 1999. (INSTITUTO BRASILEÑO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES, 2019)

Para efectos de la tramitación de la licencia de instalación, el emprendedor debía atender a diferentes requisitos de compensación y mitigación de los daños causados a los bosques, los que fueron requeridos por el Instituto en un plan básico ambiental, para efectos de aprobar la licencia. Con todo, dicha información no fue debidamente aportada, u omitida por el emprendedor, y dichas faltas nos fueron debidamente notadas por el Instituto. (MILANI DE LIMA, 2006, p. 130-131; TELLES DO VALLE, 2003, p. 15) La licencia de instalación, en ese contexto, fue concedida en junio de 2001. (INSTITUTO BRASILEÑO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES, 2019)

Luego, ya obtenida la licencia de instalación, la empresa, ante la falta de medidas necesarias para compensar y mitigar el proyecto, comenzó las faenas de construcción, y para efectos de talar y deforestar, efectuó un pedido de autorización de supresión de vegetación aprobado en septiembre del 2004, mientras se aprontaba la tramitación de la licencia de operación. Ante esta situación, la ciudadanía se articula y e inicia un procedimiento contencioso administrativo para impugnar la licencia previa y para exigir una obligación de no hacer de la autoridad ambiental para no aprobar la licencia de instalación, mediante dos acciones civiles públicas<sup>80</sup> Si bien en un comienzo se otorgó una orden de no innovar, luego de diferentes recursos interpuestos por las contrapartes, no se logró paralizar las obras, dando curso a los autos. (TELLES DO VALLE, 2003, p. 16-17)

Ante esta situación, la autoridad ambiental, el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía, la Abogacía General de la Unión y el Ministerio Público y la empresa concurren para suscribir compromiso, según lo dispuesto en la ley N.º 7.347/1985, con la finalidad de buscar un equivalente jurisdiccional, sin la debida concurrencia de la ciudadanía. (MILANI DE LIMA, 2006, p. 141) En éste, y a modo de resumen, la empresa se compromete a desarrollar un banco de biodiversidad para compensar los daños causados a las especies amenazadas, y a comprar y proteger un número equivalente de hectáreas a las afectadas por las inundaciones de la represa. (PROCHNOW, 2005, p. 71-75) Una vez evaluado y aprobado el compromiso por el Ministerio Público, y como consecuencia, no habiendo causa en el proceso en el procedimiento contencioso administrativo, fue otorgada la licencia de operación en

---

<sup>80</sup> Fueron interpuestas, ante la Justicia Federal, las Acciones Civiles Públicas N.º 2004.72.00.013781.9, y N.º 72.00.013780.7.

julio del 2015. (INSTITUTO BRASILEÑO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES, 2019)

La ciudadanía perseveró con una nueva acción civil pública para efectos de impugnar la legalidad del compromiso antedicho,<sup>81</sup> entre otro elenco de acciones de tutela que tuvieron como finalidad anticipar la prueba en caso de eventuales acciones de reparación de daño ambiental, como la de tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado. (MILANI DE LIMA, 2006, p. 149) Estas acciones no fueron acogidas, aduciendo, en general, que la litis había sido resuelta en los procedimientos de impugnación previos. Finalmente, la licencia de operación fue expedida en julio de 2005, debiendo someterse a nuevas condiciones de operación en diciembre del 2006, y siendo concedida una renovación de licencia de operación en diciembre del 2007. (INSTITUTO BRASILEÑO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES, 2019)

En este caso, a diferencia de los anteriores, estudiados en Chile, la ciudadanía no logró impedir la realización del proyecto. Sin embargo, logró una articulación estratégica que le permitió oponerse en diferentes procedimientos contencioso-administrativos, y participar, dentro de lo posible, del poco espacio que dejaron las audiencias públicas. En ese sentido, como ya se venía anticipando,<sup>82</sup> el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en Brasil está dotado de gran discrecionalidad a la autoridad ambiental, la que, en este caso, actuó ciertamente en consonancia con los intereses de la empresa. En adición, y también a diferencia de los casos ocurridos en Chile, los tribunales de justicia tuvieron un rol que impidió que la articulación ciudadana fuera acogida, con decisiones relevantes para que la represa finalmente opere. También fue determinante la actuación de las autoridades administrativas y políticas en la suscripción del compromiso, documento que, ciertamente, dejó sin posibilidades de perseverar en el procedimiento contencioso administrativo a la ciudadanía reclamante.

Sin perjuicio de lo anterior, al menos el compromiso y las modificaciones ulteriores al proyecto permitieron que la evaluación ambiental lograra compensar y mitigar algunos efectos que, de no haber estado movilizadas la comunidad, jamás habrían sido tratados. En esta afirmación no quiero decir que el resultado final fue el más favorable a los grupos que se coordinaron para oponerse al grupo de interés

---

<sup>81</sup> Acción Civil Pública N.º 2005.72.00.002490-2.

<sup>82</sup>

especial, pero huelga reconocer que, de no haber mediado dicha coordinación, las predicciones de la lógica de la acción colectiva habrían sido implacables, no habiendo medida alguna de compensación o mitigación.

#### 5.5 Contrastando la modelo con los casos: los grupos de interés especial en contextos sociales organizados.

En general, en los tres casos analizados, la actuación de los actores en contextos de evaluación de impacto ambiental demuestra que las predicciones de la lógica de la acción colectiva no son infalibles. En los casos expuestos hay ciertas semejanzas, las que podrían ser listadas de la siguiente forma: en primer lugar, la ciudadanía organizada se valió tanto de los recursos administrativos como de las acciones judiciales que el derecho les franqueó; en segundo orden, la oposición jurídica presentada contribuyó, a lo menos, a ralentizar la captura del autoridad ambiental, que las intenciones de los grupos de interés especial se vieron obstaculizadas. También, y en tercer lugar, los actores opositores, al actuar de forma coordinada y unida, no pudieron ser desarticulados por grupos de interés especial, a cambio de ciertos favores o regalías. En ese sentido, la elección racional de un beneficio cortoplacista no era intercambiable por una visión de bien común de largo plazo.

Con todo, es posible constatar ciertas diferencias, que explican el mayor o menor éxito de los grupos coordinados contra los grupos de interés especial. Las diferencias están situadas a nivel de contexto, dado que, en el caso de Los Morros, situación en que la comunidad indígena, en situación de asimetría frente a la empresa, logró valerse de una normativa especial más allá de la ambiental, a saber, el Convenio 169 de la OIT. En el caso de HidroAysén, el rechazo al proyecto fue por un contexto político, pues los políticos electos debían evitar pagar el costo del repudio de una decisión impopular en la ciudadanía, y así arriesgar el éxito de la próxima elección. Diverso es el caso de Barra Grande, en el que, si bien la ciudadanía logró establecer una oposición consistente, el contexto político, coludido con los intereses de los grupos de interés especial desde el comienzo, y con actores judiciales reacios a otorgar razón a la comunidad, no logró dejar sin efecto los actos administrativos de autorización, sin perjuicio de haber obtenido medidas de mitigación y compensación que, de no haber ocurrido la articulación ciudadana, jamás habrían sido adoptadas por el titular de proyecto.

En suma, una explicación posible, pero que requiere de mayores evidencias en investigaciones posteriores, es que el si bien es posible verificar un actuar estratégico de grupos que, ciertamente, deberían ser doblegados por grupos de interés especial que la capturan a la autoridad ambiental, elementos contextuales pueden ser usados en favor o en contra de las actuaciones estratégicas. Con todo, es demostrable, pese a no tener una muestra representativa, que la lógica de la acción colectiva es falible, siempre que se verifiquen los supuestos de autonomía de órgano y de participación ciudadana.

## 6 CONCLUSIONES

### 6.1 Presentación

En el transcurso de este texto se ha logrado demostrar la falibilidad de las predicciones de la lógica de la acción colectiva sobre la captura del Estado, particularmente, en la evaluación de impactos ambientales en Chile y en Brasil, en consonancia con los aportes de la teoría procesal administrativa de Croley. Es posible aseverar esto con razón de cuatro razones expresadas y desarrolladas: la primera, porque la teoría procesal administrativa logra sostenerse, siempre que haya autonomía del órgano decisorio y participación ciudadana; la segunda, porque esta teoría se puede adaptar, en su calidad de fuente formal y mediata del derecho, a otros sistemas jurídicos; la tercera, porque es posible superar el doble particularismo de la teoría procesal administrativa, al constatar los pilares básicos de esta teoría en las normativas de Chile y de Brasil, a saber, la autonomía del órgano y la posibilidad de la participación ciudadana en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, y; la cuarta, porque en los casos de “El Morro”, “HidroAysén” y “Barra Grande” se demuestra, con algún o menor grado, que la participación ciudadana consigue frenar, o por lo menos contrapesar, la actuación de los grupos de interés especial. A continuación, explicaré brevemente cada una de estas razones, para, finalmente, señalar algunas consideraciones finales y cuestiones que abre este texto para futuras investigaciones.

### 6.2 La teoría procesal administrativa se sostiene sobre la autonomía del órgano y participación ciudadana.

A lo largo de la exposición del primer capítulo, he logrado explicar satisfactoriamente la teoría procesal administrativa, y cómo esta logra rebatir, al menos en el contexto acotado de la formulación de regulaciones, a las predicciones de captura del Estado de la lógica de la acción colectiva. De forma sucinta, es posible determinar la falibilidad de la lógica de la acción colectiva por ciertas desprolijidades metodológicas, siendo determinante, entre estas, la desconsideración del actuar estratégico de grupos en los procedimientos administrativos, en oposición a los grupos de interés especial. Es más, la elección pública en general parece ignorar los procedimientos administrativos, centrandó su análisis en cuestiones de diseño

institucional en favor de agendas de disminución del aparato público. Los presupuestos, bien determinados y demostrados por Croley, para que ocurra dicha articulación estratégica de grupos en los procesos, depende de dos factores, como bien ha sido expuesto en el capítulo 1: autonomía del órgano decisor y potencialidad de participación ciudadana. Si bien la teoría procesal administrativa es pasible de críticas, al menos en el contexto norteamericano de formulación de regulaciones está plenamente operativa como contrapunto a las ideas de inevitabilidad de a captura.

### 6.3 La teoría procesal administrativa adaptada a Chile y Brasil como una fuente formal y mediata.

Como he revisado al final de capítulo 1, a manera de antecedente de los capítulos 2 y 3, la teoría procesal administrativa de tiene el defecto del doble particularismo, esto es, que fue originalmente pensada sólo para el derecho norteamericano y sólo para los procesos administrativos de formulación de regulaciones. Luego, en el capítulo 2 se concluyó la posibilidad de adaptar la teoría procesal administrativa a normativas foráneas, y a procedimientos administrativos diversos, siempre que se considere a la doctrina como una fuente formal y mediata del derecho. Es fuente formal, en cuanto su estudio no meramente contextual, sino que responde a la obra de un autor que está determinado a modificar la operación del derecho administrativo y regulatorio en el largo plazo. Es fuente mediata, en el sentido que no puede ser aplicada directamente, sino como un elemento interpretativo de la normativa vigente. Para lograr dicha adaptación, la propuesta de este texto es verificar si existe autonomía del órgano en la normativa orgánica de los órganos tomadores de decisiones, y si existen posibilidades de participación en la normativa procesal funcional administrativa. Porque esa adaptación es realizable, el doble particularismo de la teoría procesal administrativa es superable.

### 6.4 Autonomía del órgano y participación ciudadana es verificable en otras normativas y en otros procedimientos administrativos.

Luego de revisadas las normativas de Chile y de Brasil sobre procedimiento administrativo en general, y sobre licenciamiento en particular, se puede concluir que

los órganos decisores detentan algún grado de autonomía en la medida que se configuren como órganos descentralizados en el caso de Chile, o como órganos autárquicos según la nomenclatura usada en el Brasil. En sede de principios, los principios de legalidad, entendido como juricidad, el de interés pública, la abstención, el contradictorio y amplia defensa otorgan un marco general de para garantizar los pilares fundamentales de la teoría procesal administrativa. Sobre los procedimientos de evaluación ambiental en concreto, se ha comprobado que, ciertamente, esta consagración obedece a una agenda global de apertura de los mercados y de estandarización de requisitos ambientales para el libre tráfico transfronterizo de bienes y servicios. Ello ha devenido en que existan procedimientos de evaluación de impacto ambiental tanto en Chile como en Brasil. Con todo cabe denotar que si bien, como primera aproximación, el régimen de triple licencia de Brasil parece más estricto, la falta de determinación de plazos y ritualidades otorga un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad ambiental. También es conveniente señalar que Chile está desarrollando desde hace pocos años el contencioso administrativo en materia ambiental, antes sustituido en los hechos por la acción de protección. Con todo, es verificable rasgos de autonomía del órgano y participación ciudadana en la evaluación de impacto ambiental de ambos países.

#### 6.5 Evidencias limitas que demuestran la falibilidad de la teoría de la captura en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Verificada la posibilidad, tanto doctrinal como legal, de adaptación de la teoría procesal administrativa, fue menester buscar casos que la verificaran fuera de su contexto original de creación. Para ello se revisaron someramente los casos de “El Morro” e “HidroAysén” en Chile, y de “Barra Grande” en Brasil. En estos tres casos se logró verificar una coordinación estratégica de grupos diversos, en oposición a los grupos de interés especial que apoyaban los proyectos. Si bien en todas estas experiencias la ciudadanía logró unirse, lo que determina disparidad de resultados son los contextos en los que se desarrollaron. En el caso “El Morro”, el contexto jurídico fue propicio, dado que las comunidades locales se lograron valer del Convenio 169 para litigar en contra de la empresa minera. En el caso “HidroAysén”, el contexto político fue determinante para dejar sin efecto la resolución de calificación ambiental, dado que el Consejo de Ministros no quiso decidir a favor del proyecto, pagando así un alto costo

de impopularidad que arriesgaría el éxito del conglomerado gobernante en la próxima elección. Sin embargo, en el caso de “Barra Grande” el contexto político y judicial fue desfavorable, en el sentido que el compromiso suscrito por la autoridad ambiental, por los ministerios, y por órganos persecutores entrabó las posibilidades de impugnación de la comunidad. Con todo, en los tres casos se verifica una actuación coordinada de grupos en oposición a los grupos de interés especial, lo que, a lo menos, trajo aparejadas mejoras en las medidas de mitigación y compensación en el caso de “Barra Grande”. Porque esas evidencias son constatables, es posible afirmar que la captura, en los términos propuestos por la lógica de la acción colectiva, es falible.

## 6.6 Consideraciones finales

Atendidos las cuatro razones expuestas para sostener la falibilidad de la captura, quedan algunas ideas a ser desarrolladas a partir de este estudio. No es un misterio, esta tesis no es concluyente, dado que los casos que usa que son muy reducidos. Tampoco es un esfuerzo de adaptación de la teoría procesal administrativa a todo procedimiento administrativo, sin embargo, la falibilidad de la captura abre espacio a nuevos desarrollos en materia de procedimiento administrativo ambiental. Así, queda pendiente revisar, dentro del pequeño universo de casos en los que la licencia ambiental no es obtenida, las razones del rechazo del proyecto y si pueden ser explicadas a partir de la teoría procesal administrativa. En ese orden de cosas, una muestra completa podría dar luces si el rechazo de proyectos es a causa de la negligencia de los emprendedores o de la oposición de la comunidad organizada. Otra posibilidad, es estudiar en un determinado universo de proyectos, dentro de un determinado periodo de tiempo, que tan influyentes son las observaciones de la ciudadanía, y de ese modo dimensionar mejor la influencia de la participación en la formulación de mejores actos de autorización ambiental.

Finalmente, espero que este texto colabore a abrir camino a nuevos estudios sobre los procedimientos administrativos que, apoyados en las debidas arquitecturas institucionales de los órganos de la administración del Estado, apunten al bien común en un afán y sentido pragmático de democracia participativa. Si algo, me atrevo a afirmar, como consecuencia de esta tesis, es que discusiones etéreas entre pretendidos liberales sobre la reducción del aparato público pierden fundamento, si son ignorados los procedimientos administrativos.

Quizá, y sólo a manera de provocación final y de despedida, la discusión planteada no debería recaer sobre frases prefabricadas tales como “el impuesto es robo”, “lomos de toro al crecimiento económico” o “Estado mínimo”, sino que el derecho debe pensar en la funcionalidad de los procedimientos administrativos, mirando a la integración de los ciudadanos en la toma de decisiones, para así consagrar una noble vocación de esta disciplina intelectual: la paz social.

## 7 BIBLIOGRAFÍA

1. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana. In: ALCALÁ ZAMORA, N. **Estudios de teoría general del proceso (1945-1972)**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, v. II, 1992. p. 479-500.
2. ALENZA GARCÍA, J. F. **Manual de derecho ambiental**. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2001.
3. ALESSI, R. **Instituciones de derecho administrativo**. Tradução de Buenaventura Pellisé Parts. Barcelona: Bosch, v. 1, 1970.
4. ALLEN, P. T. Public participation in resolving environmental disputes and the problem of representativeness. **Risk: Health, Safety & Environment**, v. 297, n. 5, p. 297-308, 1998.
5. ANDREJEVIC, M. **Infoglut: how too much information is changing the way we think and know**. Nueva York: Routledge, 2013.
6. ARANDA ORTEGA, J. **¿Derechos a la naturaleza o de derechos de la naturaleza? El pensamiento ecocéntrico en el derecho ambiental chileno**. Derecho Ambiental en tiempos de reforma: Actas de las V jornadas de derecho ambiental. Santiago: Abeledo Perrot. 2010. p. 313-326.
7. ARANDA ORTEGA, J. Precedentes ambientales recientes del Tribunal Superior de Justicia de Brasil: una jurisprudencia de principios. **Revista de Derecho Ambiental**, Buenos Aires, v. 38, p. 193-236, 2011.
8. ARANDA ORTEGA, J. **Los principios de derecho ambiental: su rol argumentativo a propósito de la interpretación jurídica**. Tesis para optar al grado de magister en derecho. Santiago: Universidad de Chile, 2013.
9. ARANDA ORTEGA, J. Una aproximación al principio de prohibición de regreso en Chile: desde la Integración Internacional a la aplicación jurídica. In: PEÑA CHACÓN, M. **El principio de no regresión ambiental en Iberoamérica**. Gland: UICN, 2015. p. 145-156.
10. ARANDA ORTEGA, J. A tomada da decisão ambiental no Chile: o papel do órgão regulador e da participação cidadã no processo administrativo de avaliação de

- impactos ambientais. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 191-209, out. 2017.
11. ARANDA ORTEGA, J. Algumas questões da utilização de contratos associativos como fuga da regulação ambiental. In: FRAZÃO, A. **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: Faculdade de Direito- UnB, 2017. p. 280-299.
  12. ARANHA, M. I. **Manual de direito regulatório**. Londres: Laccademia, 2015.
  13. ARNSTEIN, S. A ladder of citizen participation. **Journal of the American Planning Association**, v. 35, n. 4, p. 216-224, 1969.
  14. ASTORGA JORQUERA, E. **Derecho ambiental chileno**. 5. ed. Santiago: Thomson Reuters, 2017.
  15. BAGLEY, N.; REVESZ, R. L. Centralized Oversight of the Regulatory State. **Columbia Law Review**, v. 106, p. 1260-1329, 2006.
  16. BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. San Paulo: Malheiros editores, 2004.
  17. BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 24. ed. San Paulo: Malheiro Editores, 2007.
  18. BANDEIRA DE MELO, O. A. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. San Paulo: Malheiros Editores, v. 1, 2007.
  19. BECCARIA, C. **Tratado de los delitos y la penas**. Madrid: Universidad Carlos III, 2015.
  20. BELLUCK, P. THE 1998 ELECTIONS: THE STATES -- THE MAVERICK; A 'Bad Boy' Wrestler's Unscripted Upset. **The New York Times**, Nueva York, 5 nov. 1998. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1998/11/05/us/the-1998-elections-the-states-the-maverick-a-bad-boy-wrestler-s-unscripted-upset.html>>.
  21. BENTHAM, J. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. San Paulo: Edições Cultura, 1943.
  22. BERMÚDEZ SOTO, J. El principio de confianza legítima en la actuación de la Administracion del Estado como límite a la potestad invalidatoria. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 18, n. 2, p. 83-105, dez. 2005.
  23. BERMUDEZ SOTO, J. **Fundamentos de derecho ambiental**. Valparaíso: Edeval, 2007.
  24. BERMÚDEZ SOTO, J. **Fundamentos de derecho ambiental**. 2. ed. Valparaíso: Edeval, 2015.

25. BERNARDINI SEIFFERT, M. E. **Gestão ambiental:** instrumentos, esferas de ação e educação ambiental. 2. ed. San Paulo: Editora Atlas, 2011.
26. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley N° 19300 de 1994. **Ley Chile,** 1994. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2429/1/HL19300.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2017.
27. BIELSA, R. **Derecho administrativo.** 6. ed. Buenos Aires: La Ley, v. 5, 1966.
28. BIZVIBE. BizVibe. **Top 10 Largest Gold Producing Companies in the World (2018),** 2018. Disponível em: <<https://www.bizvibe.com/blog/top-10-largest-gold-producing-companies-world/>>. Acesso em: 15 fev. 2019.
29. BLAUG, M. **Economy theory in retrospect.** 4ta edición. ed. Londres: Cambridge Universitu Press, 1985.
30. BOGGIANO, A. **Curso de derecho internacional privado.** 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
31. BONNECASE, J. **Introducción al estudio del derecho.** 1. ed. Puebla: José M. Cajica Jr., v. 1, 1944.
32. BOWERS, J. **Sustainability and environmental economics:** an alternative text. Essex: Pearson Education, 1997.
33. BOYNTON, J. K. Acceptance of Public Participation. **Administrative Law Review,** v. 24, n. 1, p. 43-48, 1972.
34. BRAÑES, R. **El acceso a la justicia ambiental en América Latina.** Ciudad de México: PNUMA, 2000.
35. BUCHANAN, J. M.; TULLOCK, G. **The calculus of consent.** Indianapolis: Liberty Fund, 1990.
36. BUZAID, A. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** San Paulo, v. 72, n. 1, p. 131-152, 1977.
37. CALAMANDREI, P. **Proceso y democracia.** Tradução de Héctor Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1960.
38. CAMPOS, F. **Direito administrativo.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958.
39. CANÇADO TRINDADE, A. A. Os direitos humanos e o meio ambiente. In: SYMONIDES, J. **Direitos humanos:** novas dimensões. Brasília: UNESCO, 2003.

40. CAPELETTI, M. Fundamental Guaranties of the parties in the civil proceedings (general report). In: IALS, U. **Fundamental Guaranties of the parties in the civil litigation**. Milan: Giuffrè Editore, 1973. p. 659-773.
41. CARAMELO DÍAZ, G. D. Activismo judicial y derechos sociales. **Pensar en Derecho**, Buenos Aires, v. 99-114, n. 6, jul. 2015.
42. CASSAGNE, J. C. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, v. 1, 1993.
43. CASSAGNE, J. C. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, v. 2, 1994.
44. CEPAL. Antecedentes - Principio 10, 2017. Disponível em: <<http://www.cepal.org/es/temas/principio-10/antecedentes-principio-10>>. Acesso em: 22 junio 2017.
45. CHESS, C.; PURCELL, K. Public participation and the environment: do we know what works? **Environmental science & technology**, v. 33, n. 16, p. 2685-2692, 1999.
46. CIFOLETTI, G. Mathematics and Rhetoric. Introduction. **Early Science and Medicine**, v. 11, n. 4, p. 369-389, 2006.
47. CIFOLETTI, G. Valla to Viète: The Rhetorical Reform of Logic and Its Use in Early Modern Algebra. **Early Science and Medicine**, v. 11, n. 4, p. 390-423, 2006.
48. COASE, R. H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.
49. COASE, R. H. Law and Economics at Chicago. **The journal of law and economics**, Chicago, v. 36, p. 239-254, 1993.
50. COHEN, J. E. The regulatory state in the information age. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 369, p. 369-414, 2016.
51. COMITÉ DE ESTUDIOS DE LOS PROBLEMAS CRÍTICOS DEL AMBIENTE. **La Influencia del hombre en el medio global**. Tradução de Eduardo L. Suárez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1976.
52. COMUNIDAD AGRÍCOLA DIAGUITA LOS HUASCOALTINOS. Comunidad Agrícola Diaguita Los Huascoaltinos. **¿Quiénes somos?**, 2009. Disponível em: <<http://diaguitashuascoaltinos.blogspot.com/>>. Acesso em: 15 fev. 2019.
53. COOTER, R.; ULEN, T. **Law and economics**. Estados Unidos: Harper Collins, 1988.

54. COTRIM NETO, A. B. **Direito administrativo da autarquia**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966.
55. COUTURE, E. J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 edición postuma. ed. Buenos Aires: Depalma, 1966.
56. CRAIK, N. **The international law of environmental impact assessment: process, substance and integration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
57. CROLEY, S. P. The Administrative Procedure Act and Regulatory Reform: Reconciliation. **Administrative Law Journal of the American University**, v. 10, p. 35-50, 1996.
58. CROLEY, S. P. State Administrative Law Reform: Recent Experience in Michigan. **Widener Journal of Public Law**, v. 8, n. 2, p. 347-418, 1998.
59. CROLEY, S. P. Theories of regulation: incorporating the administrative process. **Columbia Law Review**, v. 98, n. 1, p. 1-168, 1998.
60. CROLEY, S. P. Public interested regulation. **Florida State University Law Review**, Tallahassee, v. 28, n. 7, p. 7-108, 2000-2001.
61. CROLEY, S. P. **Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government**. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2008.
62. CROLEY, S. P. Beyond capture: towards a new theory of regulation. In: LEVI-FAUR, D. **Handbook on the Politics of Regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 50-69.
63. CUENCA GÓMEZ, P. Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkl. **Revista telemática de filosofía del derecho**, Madrid, n. 17, p. 167-202, 2014. Disponivel em: <<http://www.rtfed.es/numero17/07-17.pdf>>.
64. DAHL, R. A. **Who governs? Democracy and power in a American City**. Londres: Yale University Press, 1961.
65. DAHL, R. A. **La poliarquía: participación y oposición**. Madrid: Tecnos, 1989.
66. DAHL, R. A. **A preface to democratic theory: expanded edition**. Chicago: The university press of Chicago, 2006.
67. D'ALESSIO, F. **Istituzioni di diritto amministrativo italiano**. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, v. 1, 1949.
68. DAMAŠKA, M. R. **The faces of justice and the state authority**. New Haven: Yale University Press, 1986.
69. DAVID, R. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. 11. ed. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

70. DAWKINS, R. **The selfish gene**. 3era edición. ed. Oxford: Oxford University Press, 1989.
71. DE MORAES, O. J. **Economía ambiental: instrumentos económicos para o desenvolvimento sustentável**. San Paulo: Centauro Editora, 2009.
72. DE MULDER, R.; VAN NOORTWIJK, K.; LIA, C.-K. Jurimetrics Please! **European Journal of Law and Technology**, Belfast, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://ejlt.org/article/view/13/12>>.
73. DE SADELEER, N. **Environmental principles: from political slogans to legal rules**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
74. DE SAUSSURE, F. **Curso de lingüística general**. Buenos Aires: Losada, 1945.
75. DE VERGOTTINI, G. **Derecho constitucional comparado**. Tradução de Claudia Herrera. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
76. DEVLIN, A. Law and Economics. **Irish jurist**, Dublin, v. XLV, p. 165-197, 2010.
77. DI BITETTI, M. S.; PLACCI, G.; DIETZ, L. A. **Uma visão de Biodiversidade para a Ecorregião Florestas do Alto Paraná – Bioma Mata Atlântica: planejando a paisagem de conservação da biodiversidade e estabelecendo para ações de conservação**. Washington, D.C.: World Wildlife Fund, 2003.
78. DOWNS, A. **An economic theory of democracy**. Nueva York: Harper & Row, 1957.
79. DWORKIN, R. Is law a system of rules? In: DWORKIN, R. **The philosophy of law**. Nueva York: Oxford University Press, 1977. p. 38-65.
80. DWORKIN, R. The Model of Rules I. In: DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 14-45.
81. DWORKIN, R. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
82. ECCLESTON, C. H. **Environmental impact assessment**. Boca Raton: CRC Press, 2011.
83. ELIAS, R. A. The Legislative History of the Administrative Procedure Act. **Fordham Environmental Law Review**, Nueva York, v. 27, p. 207-224, 2016.
84. ENDICOTT, T. El derecho es necesariamente vago. **Revista derechos y libertades**, p. 179-182, 2003.
85. ENDICOTT, T. **Vagueness in Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
86. ESCOLA, H. J. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: De Palma, 1989.

87. ESTEVAN BOLEA, M.-T. **Las evaluaciones de impacto ambiental**. Madrid: Centro Internacional de Formación en Ciencias Ambientales, 1977.
88. FARBER, D. A. Toward a New Legal Realism. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 68, n. 1, p. 279-304, 2001.
89. FARBER, D. A.; FREEMAN, J. Modular environmental regulation. **Duke Law Journal**, v. 54, n. 4, p. 795-912, fev. 2005.
90. FARO DE CASTRO, M. Análise jurídica da política económica. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 17-70, jun. 2009.
91. FARO DE CASTRO, M. Economic development and the legal foundations of regulation in Brazil. **Law and Development Review**, v. 6, n. 1, p. 61-115, 2013.
92. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. Á. El principio constitucional de inexcusabilidad. **Revista de Derecho Público**, Santiago, v. 80, p. 41-52, 2014.
93. FERRADA BÓRQUEZ, J. C. EL Estado Administrador de Chile: de unitario centralizado a descentralizado y desconcentrado. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 10, p. 115-123, 1999. Disponível em: <<http://revistas.uach.cl/html/revider/v10n1/body/art11.htm>>.
94. FERRADA BÓRQUEZ, J. C.; BORDALÍ SALAMANCA, A.; CAZOR ALISTE, K. El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. **REvista de Derecho**, Valdivia, v. 14, p. 67-81, 2002.
95. FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. San Paulo: Editora revista dos tribunais, 2010.
96. FERREIRA CARDOSO, O. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
97. FIGUEROA, M. A. Algunos antecedentes históricos sobre los principios de inexcusabilidad y legalidad. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, n. 18, p. 187-196, 1996.
98. FIORINA, M. P.; SHESPLE, A. Equilibrium, disequilibrium, and the general possibility of a science of politics. In: P.C., O.; K.A., S. **Political Equilibrium: Studies in Public Choice**. Dordrecht: Springer, v. 4, 1982. p. 49-64.
99. FISCH, S. Origins and history of the International Institute of administrative science: from its beginnings to its reconstruction after world war II (1910-1944/47). In: RUGGE, F.; DUGGUET, M. **IIAS/IISA: administration & Service 1930-2005**. Amsterdam: IIAS, 2005. p. 35-60.

100. FLORES GALINDO, M. D. L. F. Falibilismo y razonabilidad en la filosofía de la ciencia y en la hermenéutica filosófica. **Andamios**, v. 4, n. 2, p. 181-200, 2006.
101. FRAGA, G. **Derecho Administrativo**. 24. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1985.
102. FRIEDMAN, M. The methodology of positive economics. In: FRIEDMAN, M. **Essays in positive economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1966. p. 3-16, 30-43.
103. FULLER, L. L. **The morality of law**. Revisada. ed. Londres: Yale University Press, 1969.
104. GALLARDO CASTILLO, M. J. A vueltas con la motivación de los actos administrativos. **Actualidad administrativa**, España, n. 2, p. 1-12, 2010.
105. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1996.
106. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, J.-R. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madrid: Civitas, v. 1, 1986.
107. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.-R. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madrid: Civitas, v. 2, 1986.
108. GARCÍA MÁYNEZ, E. **Introducción al estudio del derecho**. 53. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2002.
109. GAROUPA, N.; PARGENDLER, M. A law and economics perspective on legal families. **European journal of legal studies**, v. 7, n. 2, p. 36-60, 2014.
110. GARRIDO FALLA, F. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, v. 1, 1970.
111. GILPIN, A. **Dictionary of environmental law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2000.
112. GIOVENDA, G. **Instituições de direito procesual civil**. San Paulo: Quorum, 2009.
113. GIROUT, E. WHO interest in environmental health impact assessment. In: WATHERN, P. **Environmental impact assessment: theory and practice**. Nueva York: Routledge, 1990. p. 257-271.
114. GOLDCORP. Goldcorp. **Operations**, 2019. Disponível em: <<https://www.goldcorp.com/English/portfolio/operations/default.aspx>>. Acesso em: 15 fev. 2019.
115. GOLDSCHIMDT, W. **Derecho internacional privado: derecho de la tolerancia**. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

116. GOLDSCHMIDT, J. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, v. 1, 1961.
117. GORDILLO, A. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, v. 2, 2003.
118. GORDILLO, A. A. **Procedimientos y recursos administrativos**. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1971.
119. GORDILLO, A. A. **La administración paralela**. Madrid: Civitas, 1995.
120. GORDLEY, J. Law, and Culture: A Response. **The American Journal of Comparative Law**, v. 65, p. 133-180, 2017.
121. GRAMSCI, A. **Selections from the prison notebooks**. Nueva York: International Publishers, 1971.
122. GRANZIERA, M. L. **Direito ambiental**. San Paulo: Atlas, 2009.
123. GRAU, E. R. **Elementos de direito económico**. San Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.
124. GREEN, D. P.; SHAPIRO, I. **Pathologies of rational choice theory: a critique of applications in political science**. Londres: Yale University Press, 1994.
125. GUASP, J. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
126. GUEDES CRESPO, S. Eleito como deputado federal mais votado, Tiririca leva consigo mais de 3 candidatos. **O Estado de S. Paulo**, San Paulo, 3 out. 2010. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,eleito-como-deputado-federal-mais-votado-tiririca-leva-consigo-mais-de-3-candidatos,619725>>.
127. HABERMAS, J. **Facticidad y validez: sobre el derecho y Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.
128. HARDIN, G. The tragedy of the commons. **Science**, 13 dez. 1984. 1243-1248.
129. HART, H. L. A. **El concepto de derecho**. Tradução de Genaro R. Carrió. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
130. HAURIOU, M. **Droit administratif, et de droit public**. 8. ed. Paris: Recueil Sirey, 1914.
131. HICKOK, H. **Introduction to environmental law**. Albany: Delmar Publishers, 1996.

132. HIRONAKA, A. The globalization of environmental protection: the case of environmental impact assessment. **International Journal of Comparative Sociology**, v. 43, n. 1, p. 65-78, 2002. Disponível em: <<http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/002071520204300104>>.
133. HOFMANN, R. M. **Gargalhos do licenciamento ambiental federal no Brasil**. Consultoría Legislativa, Cámara de Diputados, República Federativa de Brasil. Brasília, p. 1-111. 2015.
134. HOLDER, J.; LEE, M. **Environmental protection, law and policy**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
135. HOOVER, K. D. Why does methodology matter for economics? **The Economic Journal**, Oxford, v. 105, n. 430, p. 715-734, maio 1995.
136. HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Política pública: seus ciclos e subsistemas—uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
137. INSTITUTO BRASILEÑO DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES. IBAMA. **Consulta de emprendimientos**, 2019. Disponível em: <[http://www.ibama.gov.br/components/formularios/consulta\\_emprendimientos.php](http://www.ibama.gov.br/components/formularios/consulta_emprendimientos.php)>. Acesso em: 12 fev. 2019.
138. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Derechos humanos y desarrollo sustentable**. San José de Costa Rica: Unidad Editorial del IIDH, 1995.
139. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. **Mapa de conflictos socioambientales en Chile. 2015**. INDH. [S.l.], p. 262. 2016.
140. JAEGER ZABALA, F.; FEIJÓ SILVEIRA, F. Estatística aplicada ao direito. **Direito e liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 87-103, 01-04 2014.
141. JAQUENOD DE SZÖGÖN, S. **El derecho ambiental y sus principios rectores**. Madrid: Dykinson, 1991.
142. JEFATURA DEL ESTADO, REINO DE ESPAÑA. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Madrid, 2 out. 2015. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10565-consolidado.pdf>>.
143. JELLINEK, G. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Milán: Società Editrice Libreria, 1912.
144. JEZE, G. **Principios generales de derecho administrativo**. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, v. 2.1, 1949.

145. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Tratado de Derecho Penal**. 3. ed. Buenos Aires: Losada, v. 2, 1964.
146. JORDAN, G. The Process of Government and The Governmental Process. **Political Studies**, p. 788-801, 2000.
147. JUSTINIANO. **Corpus Iuris Civilis**. Tradução de Idelfonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor, v. III, 1892.
148. KAGAN, E. Presidential administration. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 114, p. 2247-2385, 2000-2001.
149. KELSEN, H. **Teoría pura del derecho**. Tradução de Moisés Nilve. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960.
150. KLERMAN, D. M. Legal infrastructure, judicial independence, and economic development. **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, v. 06, n. 1, p. 427-434, 2007.
151. KLÖEPFER, M. **Derecho y protección al medio ambiente**. Santiago: Fundación Konrad Adenauer, 2012.
152. KOERNER, A.; COOK INATOMI, C.; BARATTO, M. Sobre o judiciário e a judicialização. **Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas**, Bogotá, v. 2, n. 4, p. 17-52, 7-12 2011.
153. KUCSKO-STADLMAYER, G. La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, v. 55, n. 270, p. 244-258, 01-04 2018.
154. LA PORTA, R. et al. Law and Finance. **The journal of political economy**, v. 106, n. 6, p. 1113-1155, 1998.
155. LAWRENCE, D. P. **Environmental impact assessment**. Nueva Jersey: Wiley Interscience, 2003.
156. LEE, K. N. Appraising Adaptive Management. **Conservation Ecology**, v. 3, n. 2, p. 1-22, dez. 1999. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/26271726>>.
157. LEGRAND, P. The Impossibility of ‘Legal Transplants’. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.
158. LEHTINEN, A.; KUORIKOSKI, J. Unrealistic assumptions in rational choice theory. **Philosophy of the Social Sciences**, Toronto, v. 37, n. 2, p. 115-138, jun. 2007.

159. LEITE SAMPAIO, J.; WOLD, C.; NARDY, A. **Princípios de Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
160. LEME MACHADO, P. A. Informação e participação: Instrumentos necessários para a implementação do Direito ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 134, p. 213-218, 05/06 1997.
161. LEME MACHADO, P. A. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. San Paulo: Malheiros Editores, 2014.
162. LENTINI, A. **Istituzioni di diritto amministrativo**. Milán: Società Editrice Libreria, v. 1, 1939.
163. LEUZINGER, M. D.; CUREAU, S. **Direito Ambiental**. Ríó de Janeiro: Elsevier, 2008.
164. LEVINE, M. E.; FORRENCE, J. L. Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. **Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 6, n. Número Especial, p. 199-202, 1990.
165. LIBEDINSKY TSCHORNE, R.; MUÑOZ SILVA, E. **Formas de ejercicio de democracia directa**. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1966.
166. LITOWITZ, D. Gramsci, hegemony, and the law. **Brigham Young University Law Review**, Provo, v. 2, n. 1, p. 515-551, 2000.
167. LOEVINGER, L. Jurimetrics: the next step foward. **Minnesota law review**, Minneapolis, v. 33, n. 5, p. 455-493, abr. 1949.
168. LOPES MEIRELLES, H.; BURLE FILHO, J. E.; ROSADO BURLE, C. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. San Paulo: Malheiros Editores, 2016.
169. LORENZETTI, R. L. **Teoría del derecho ambiental**. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2008.
170. LOSTARNAU, C. et al. Stakeholder participation within the public environmental system in Chile: Major. **Journal of Environmental Management**, v. 92, p. 2470-2478, 2011.
171. MADARIAGA GUTIERREZ, M. **Derecho administrativo y seguridad jurídica**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1966.
172. MAIER, K. Citizen participation in planning. Climbing a ladder?. **European Planning Studies**, v. 9, n. 6, p. 707-719, 2001.

173. MANZINI, V. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, v. 1, 1951.
174. MAREDDY, A. R. **Environmental impact assessment: theory and practice**. Cambridge: Elsevier, 2017.
175. MARÍA DIEZ, M. **Derecho Administrativo**. 1. ed. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, v. 1, 1963.
176. MARÍA DIEZ, M. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Plus Ultra, v. 5, 1971.
177. MARQUES, J. F. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. 2. ed. San Paulo: Saraiva, 1959.
178. MARSHALL, R.; ARTS, J.; MORRISON-SAUNDERS, A. International principles for best practice EIA follow-up. **Impact Assessment and Project Appraisal**, Guildford, v. 23, n. 3, p. 175-181, 2005.
179. MARTIN MATEO, R. **Manual de derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1970.
180. MARTÍN MATEO, R. **Derecho Ambiental**. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.
181. MASHAW, J. Public law and public choice: critique and rapprochement. In: FARBER, D.; O'CONNELL, A. J. **Research handbook on public choice and public law**. Northampton: Edward Elgar, 1991. Cap. 1, p. 19-48.
182. MATTEI, L. Gênese e agenda do novo desenvolvimentismo brasileiro. **Revista de Economia Política**, San Paulo, v. 33, n. 1, p. 41-59, 01-03 2013.
183. MAYER, O. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, v. 1, 1949.
184. MAYER, O. **Derecho administrativo alemán**. Tradução de Horacio H. Heredia e Ernesto Krotosckin. Buenos Aires: Depalma, v. 4, 1954.
185. MCCUBBINS, M. D.; NOLL, R. G.; WEINGAST, B. R. Administrative procedures as instruments of political. **Journal of Law, Economics and Organization**, v. 3, p. 243-277, 1987.
186. MCCUBBINS, M. D.; NOLL, R. G.; WEINGAST, B. R. The Political Origins of the Administrative Procedure Act. **Journal of Law, Economics, & Organization**, New Heaven, v. 15, n. 1, p. 180-217, 1999.

187. MCGARITY, T. O. A Cost-Benefit State. **Administrative Law Review**, v. 50, n. 7, p. 7-80, 1998.
188. MERKL, A. **Teoría general del derecho administrativo**. Madrid: Editorial revista de derecho privado, v. XI, 1935.
189. MERRYMAN, J. H. **La tradición jurídica romano-canónica**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
190. MILANI DE LIMA, M. L. **Licenciamento ambiental e gestão de riscos: o caso da Usina Hidrelétrica de Barra Grande**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.
191. MILLER, J. M. Una tipología de los trasplantes legales: utilizando la sociología, la historia del derecho y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante. **Lecciones y ensayos**, Buenos Aires, n. 81, p. 17-68, 2005.
192. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, GOBIERNO DE CHILE. **Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional. Pueblos Indígenas: síntesis de resultados (2015)**. Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Evaluación Social. Santiago, p. 129. 2017.
193. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, PROGRAMA NACIONAL DE CAPACITAÇÃO DE GESTORES AMBIENTAIS. **Caderno de licenciamento ambiental**. 2. ed. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2009.
194. MINISTÉRIOS DE OBRAS PÚBLICAS, GOBIERNO DE CHILE. **Pueblos indígenas: consulta y territorio**. Ministerio de Obras Públicas. Santiago, p. 86. 2016.
195. MOORE MERINO, D. **Derecho económico**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1962.
196. MOORE, M. 5 Reasons Why Trump Will Win. **Michael Moore**, 2016. Disponível em: <<https://michaelmoore.com/trumpwillwin/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.
197. MORGAN, R. K. Environmental impact assessment: the state of art. **Impact Assessment and Project Appraisal**, v. 30, n. 1, p. 5-14, mar. 2012.
198. MORIN, E. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Editorial Sulina, 2002.
199. MORRISON-SAUNDERS, A.; BAKER, J.; ARTS, J. International principles for best practice EIA follow-up. **Impact Assessment and Project Appraisal**, Guildford, v. 21, n. 1, p. 43-56, 2003.

200. MOSCHOPOULOS, D. L'Institut International des Sciences Administratives : Etapes principales de son histoire. **Revue Internationale des Sciences Administratives**, v. 71, n. 2, p. 192, 2005.
201. NAVARRO BELTRÁN, E. Recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 20, p. 595-601, 1993.
202. NAVIA, P. Chile: continuidad y cambio. **Nueva Sociedad**, 2006. Disponível em: <[https://www.academia.edu/3127352/Chile\\_Continuidad\\_y\\_cambio](https://www.academia.edu/3127352/Chile_Continuidad_y_cambio)>.
203. NEUMANN, M. The environmental law system of the Federal Republic of Germany. **Annual Survey of International & Comparative Law**, p. 69-110, 1996. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=annlsurvey>>.
204. NEWMAN, F. C.; VASAK, K. **Las dimensiones internacionales de los derechos humanos**. Barcelona: Serbal/UNESCO, 1984.
205. NISKANEN, W. A. Bureaucrats and politicians. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, n. 18, p. 617-643, dez. 1975.
206. NORTH, C. D. Institutions. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991.
207. OECD, DEVELOPMENT ASSISTANCE COMMITTEE. **Good practices for environmental impact assessment of development projects**. OECD. Paris, p. 1-15. 1992.
208. O'FAIRCHEALLAIGH, C. Public participation and environmental impact assessment: purposes, implications, and lessons for public policy making. **Environmental Impact Assessment Review**, v. 30, p. 19-27, 2010.
209. OFFE, C. Criterios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In: OFFE, C. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984. p. 216-233.
210. OFFE, K. O dilema da tecnocracia. In: DREITZEL, H.-P., et al. **Tecnocracia e ideologia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975. p. 70-84.
211. OLSON, M. **The logic of collective action**. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.
212. OLSON, M. Official liability and Its less legalistic alternatives. **Law and Contemporary Problems**, v. 42, n. 1, p. 67-79, 1978.

213. OLSON, M. **The rise and decline of nations:** economic growth, stagflation, and social rigidities. Nueva York: Yale University Press, 1982.
214. OLSON, M. Diseconomies of scale and development. **Cato Journal**, v. 7, n. 1, p. 77-98, 1987.
215. OLSON, M. **Power And Prosperity:** Outgrowing Communist And Capitalist Dictatorships. Nueva York: Ingram Publisher Services US, 2000.
216. OSTROM, E. **Governing the commons:** the evolutions of institutions for collective action. EE.UU.: Cambridge University Press, 1990.
217. OSTROM, E. Reformulating the commons. **Ambiente & Sociedade**, p. 1-22, 2002.
218. PANTOJA BAUZÁ, R. Principio de la juricidad. **Revista de Derecho Público**, Santiago, v. 62, p. 156-168, 2016.
219. PARADA, R. **Regimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.
220. PENA-VEGA, A. **O despertar ecológico:** Edgar Morin e a ecología complexa. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
221. PEREZ, M. A. **A administração publica democratica:** insituições de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Forum, 2004.
222. PETTS, J. Introduction to environmental impact assessment in practice: fulfilled potential or wasted opportunity? In: PETTS, J. **Handbook of environmental impact assessment**. Oxford: Blackwell Science, v. 2, 1999. p. 3-9.
223. PIERRY, P. El recurso de protección y lo contencioso administrativo. **Revista de Derecho**, Concepción, v. 165, p. 153-173, 1977.
224. PIGOU, A. C. **La economía del bienestar**. Madrid: M. Aguilar, 1946.
225. PILDES, H. R.; SUNSTEIN, C. R. Reinventing the regulatory State. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 62, n. 1, p. 1-129, 1995.
226. PISTOR, K. A legal theory of finance. **Journal of Comparative Economics**, v. 41, p. 315-330, 2013.
227. POSNER, R. A. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. **John M. Olin law & economics working paper**, n. 53, p. 1-13, 1998.
228. PROCHNOW, M. A importância das florestas do vale do rio Pelotas. In: PROCHNOW, M. **Barra Grande - A hidrelétrica que não viu a floresta**. Rio do Sul: APREMAVI, 2005. p. 8-14. Disponível em:

- <[http://www.mma.gov.br/estruturas/pda/\\_arquivos/prj\\_mc\\_247\\_pub\\_liv\\_001\\_lic.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/pda/_arquivos/prj_mc_247_pub_liv_001_lic.pdf)>.
229. PROCHNOW, M. Anexo 1. In: PROCHNOW, M. **Barra Grande - A hidrelétrica que não viu a floresta**. Rio do Sul: APREMAVI, 2005. p. 71-75. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/pda/\\_arquivos/prj\\_mc\\_247\\_pub\\_liv\\_001\\_lic.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/pda/_arquivos/prj_mc_247_pub_liv_001_lic.pdf)>.
230. PROCHNOW, M. Anexo IV. In: PROCHNOW, M. **Barra Grande: A hidrelétrica que não viu a floresta**. Rio do Sul: APREMAVI, 2005. p. 80-88. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/pda/\\_arquivos/prj\\_mc\\_247\\_pub\\_liv\\_001\\_lic.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/pda/_arquivos/prj_mc_247_pub_liv_001_lic.pdf)>.
231. QUIROGA LAVIE, H. **Derecho constitucional latinoamericano**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
232. RADBRUCH, G. Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes. In: RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E.; WELZEL, H. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, 1971. p. 1-69.
233. RADBRUCH, G. **Introdução ao à ciência do direito**. Tradução de Vera Barrow. 1. ed. San Paulo: Martins Fontes, 1999.
234. RAMOS, M. C. **Celeridade e efetividade processual**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.
235. RAWLS, J. **Political Liberalism**. Nueva York: Columbia University Press, 1996.
236. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. 23. ed. Madrid: Espasa, 2012. Disponível em: <<http://dle.rae.es/?id=aUCgEj0>>.
237. REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. San Paulo: Saraiva, 2009.
238. REVESZ, R. L. Federalism and environmental regulation: a public choice analysis. **Harvard Law Review**, v. 115, n. 2, p. 553-641, dez. 2001.
239. RICOEUR, P. El problema del doble sentido como problema hermenéutico y como problema semántico. In: RICOEUR, P. **El conflicto de las interpretaciones, ensayos de hermenéutica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 61-74.
240. ROBBIN, L. **An essay on the nature and significance of economic science**. Londres: MacMillan & Co., 1932.

241. ROCCO, U. **Teoría general del proceso civil**. Tradução de Felipe de J. Tena. Ciudad de México: Porrúa, 1959.
242. RODRÍGUEZ VILLABONA, A. A. La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante, recepción, adaptación e influencia en el Derecho. **Revista IUSTA**, Bogotá, v. 2, n. 31, p. 99-121, 2009.
243. ROSE, C. Ostrom and the lawyers: the impact of Governing the Commons on the American legal academy. **International Journal of the Commons**, p. 28-49, 2011.
244. ROWE, G.; FREWER, L. J. A typology of public engagement mechanisms. **Science, Technology, & Human Values**, v. 30, n. 2, p. 251-290, 2005.
245. SABEL, C. F.; SIMON, W. H. Minimalism and experimentalism in the administrative State. **Georgetown Law Journal**, v. 100, n. 1, p. 53-94, nov. 2011.
246. SACCO, R. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Vera Jacob de Fradera. San Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
247. SADLER, B. Ex-post evaluation of the effectiveness of environmental assessment. In: PORTER, A.; FITTIPLADI, J. **Environmental methods review: retooling impact assessment for the new century**. Fargo: The Press Club, 1998. p. 30-40.
248. SALZMAN, J.; RUHL, J. B. Currencies and the Commodification of Environmental Law. **Stanford Law Review**, v. 53, n. 3, p. 607-694, dez. 2000.
249. SANDS, P. **Principles of international environmental law**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
250. SANDULLI, A. M. **Il procedimento amministrativo**. Milán: Giuffrè Editore, 1964.
251. SANDULLI, A. M. **Manuale de diritto amministrativo**. 15. ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, v. 1, 1989.
252. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. **Principios de derecho administrativo general**. 1. ed. Madrid: Iustel, v. 2, 2004.
253. SAPAG, M. A. El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite al poder del Estado: un estudio comparado. **Dikaion**, Chia, v. 22, n. 17, p. 157-198, 2008.
254. SCHWARTZ, B. Administrative procedure and the A.P.A. **New York University Quaterly Review**, p. 514-534, 1949.

255. SCHWARTZ, B. The administrative procedure act in operation. **New York University Law Review**, p. 1173-1264, 1954.
256. SCHWARTZ, B.; WADE, H. W. R. **Legal control of government**. Londres: Claredon Press, 1972.
257. SERRA ROJAS, A. **Derecho administrativo**: doctrina, legislación y jurisprudencia. 5. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1972.
258. SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Servicio de Evaluación Ambiental. **Proyecto Hidroeléctrico Aysén. 14/08/2008**, 2017. Disponible em: <<http://www.sea.gob.cl/rca>>. Acceso em: 2 fev. 2017.
259. SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Servicio de Evaluación Ambiental. **Estudio de Impacto Ambiental Proyecto El Morro. 25/11/2008**, 2017. Disponible em: <<http://www.sea.gob.cl/rca>>. Acceso em: 2 fev. 2017.
260. SHAPIRO, M. political jurisprudence. **Kentucky Law Review**, Lexington, v. 52, p. 294-345, 1963.
261. SHAPIRO, M. The United States. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. **The global expansion o judicial power**. Nueva York: New York University Press, 1995. p. 43-66.
262. SILVA CIMMA, E. **Derecho administrativo chileno y comparado**. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, v. 1, 1968.
263. SOARES SOUZA, R. **Justiça administrativa**: o sistema brasileiro. San Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.
264. SOMMA, A. **Introducción al derecho comparado**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015. Disponible em: <<http://hdl.handle.net/10016/20259>>.
265. SONAMI. **Memoria anual 2017/2018**. Sociedad Nacional de Minería. Santiago, p. 106. 2018.
266. SOTO BARRIENTOS, F. **El desafío de la participación**: referendo e iniciativa legislativa popular en América Latina y el Europa. Santiago: Lom, 2013.
267. SPENSLEY, J. W. National environmental policy act. In: SULLIVAN, T. F. P. **Environmental law handbook**. 22. ed. Plymouth: Bernan Press, 2014. Cap. 10, p. 635-472.
268. STEWART, R. B. The Reformation of American Administrative Law. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 8, p. 1667-1813, 1975.
269. STIGLER, G. J. regulation, The theory of economic. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

270. SUNSTEIN, C. R. Administrative Substance. **Duke Law Journal**, v. 1991, n. 3, p. 607-646, jun. 1991.
271. TELLES DO VALLE, R. S. O caso Barra Grande: lições sobre o (não) funcionamento do Estado de Direito no Brasil. In: PROCHNOW, M. **Barra Grande - A hidrelétrica que não viu a floresta**. Rio do Sul: APREMAVI, 2003. p. 15-23. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/pda/\\_arquivos/prj\\_mc\\_247\\_pub\\_liv\\_001\\_lic.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/pda/_arquivos/prj_mc_247_pub_liv_001_lic.pdf)>.
272. THAGARD, P. R. The best explanation: criteria for Choice Theory. **Journal of Philosophy**, v. 75, n. 2, p. 76-92, fev. 1978.
273. THE NORTHERN MINER. The northern miner, global mining news, since 1915. **Goldcorp grows in Canada**, 2012. Disponível em: <<http://www.northernminer.com>>. Acesso em: 15 fev. 2019.
274. THOMAS, M. F. The emerging right to democratic governance. **The american journal of international law**, v. 86, n. 46, p. 46-91, 1992.
275. TOPASIO FERRETI, A. Fundamentos históricos del principio de inexcusabilidad del juez en el devenir jurídico hispánico y chileno. **Revista chilena de historia del derecho**, Santiago, v. 9, p. 155-164, 1983.
276. TORRÉ, A. **Introducción al derecho**. 14. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.
277. UNEP. **Goals and Principles of Environmental Impact Assessment**. UNEP. [S.l.], p. 1-4. 1987.
278. UNEP. **Environmental impact assessment and strategic environmental assessment: towards an integrated approach**. 1. ed. Ginebra: UNEP, 2004. Disponível em: <<https://unep.ch/etu/publications/textONUBr.pdf>>.
279. UNIÓN EUROPEA. Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, 2011. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32011L0092>>. Acesso em: 7 nov. 2018.
280. UNIÓN EUROPEA. Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32014L0052>>.

- lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0052>. Acesso em: 7 nov. 2018.
281. UNITED STATES OF AMERICA, S. C. Humphrey's Executor v. United States, 1935. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/602/>>.
282. URIARTE, A. L. Exigencias, desafíos y oportunidades medioambientales para el Chile del bicentenario. **Revista de Derecho Ambiental**, Santiago, p. 215-223, 2009.
283. VAQUER CABALLERÍA, M. La codificación del procedimiento administrativo en España. **Revista general de Derecho Administrativo**, Madrid, v. 42, p. 1-42, maio 2016.
284. VIDAL OLIVARES, Á.; BRANTT ZUMARÁN, M. G. Obligación, incumplimiento y responsabilidad del mandatario en el código civil chileno. **Revista chilena de derecho**, Santiago, v. 40, n. 2, p. 413-431, ago. 2013.
285. VILLALOBOS, J. C. Apoyar a Velasco desfiguraría a la centro derecha. **Cosas**, 13 out. 2017. Disponível em: <<http://cosas.com/juan-diego-santa-cruz-apoyar-velasco-desfiguraria-la-centroderecha/>>.
286. VILLELA SOUTO, M. J. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
287. WADE, R. The management of common property resources: collective action as an alternative to privatisation or state regulation. **Cambridge Journal of Economic**, Cambridge, v. 11, n. 2, p. 95-106, jun. 1987.
288. WADE, W. **Administrative Law**. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 1993.
289. WAGNER, W. E. Administrative law, filter failure, and information capture. **Duke Law Journal**, v. 59, n. 7, p. 1321-1432, abr. 2010.
290. WALTERS, C. **Adaptative management of renewable resources**. Nueva York: Macmillan publishing company, 1986.
291. WATHERN, P. An introductory guide to EIA. In: WATHERN, P. **Environmental impact assessment: theory and practice**. Nueva York: Routledge, 1990. p. 3-30.
292. WATSON, A. **Legal transplants: an approach to comparative law**. Edinburgo: Scottish Academic Press, 1974.

293. WATSON, A. Comparative Law and Legal Change. **The Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 37, n. 2, p. 313-336, nov. 1978.
294. WATSON, A. Legal Change: Sources of Law and Legal Culture. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadelfia, v. 131, n. 5, p. 1121-1158, 1983.
295. WATSON, A. Aspects of reception of law. **The American Journal of Comparative Law**, v. 44, p. 335-352, 1996.
296. WATSON, A. Legal Transplants and European Private Law. **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 4, n. 4, dez. 2000. Disponível em: <<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>>.
297. WATSON, A. **The evolution of western private law**. 2. ed. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2001.
298. WHO. WHO activities in Health Impact Assessment, 1982. Disponível em: <[http://www.who.int/hia/network/who\\_role/en/index1.html](http://www.who.int/hia/network/who_role/en/index1.html)>. Acesso em: 29 out. 2018.
299. WITKER, J. **Cómo elaborar una tesis en derecho**. Madrid: Civitas, 1991.
300. WOOD, C. Comparative evaluation of environmental impact assessment systems. In: PETTS, J. **Handbook of environmental impact assessment**. Oxford: Blackwell Science, v. 2, 1999. p. 10-34.
301. WORSNOP, R. L. Federal regulatory agencies: fourth branch of government. **Editorial research reports**, Washington, v. 1, 1969. Disponível em: <<http://library.cqpress.com/cqresearcher/cqresrre1969020500>>.
302. ZUÑIGA URBINA, F.; MARTINEZ, J. I. El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. **Estudios Constitucionales**, Talca, v. 9, n. 1, p. 199-226, 2011.
303. ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. **An introduction to comparative law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1988.

*MAGISTER DIXIT: DOMINO VOLENTE, FINIS*