

N° 2 – Abril 2019



Breves comentarios a la propuesta de gobernanza climática del anteproyecto de ley

Luis Cordero Vega

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Investigador adjunto del Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2.

1. El contexto general de la gobernanza ambiental

Existe una variedad de definiciones del término gobernanza. No obstante, en términos generales, mediante el mismo se hace referencia a los medios a través de los cuales se seleccionan objetivos colectivos, se adoptan decisiones respecto a ellos, y se toman medidas para alcanzarlos¹.

Se trata de un concepto que ha surgido como consecuencia de la necesidad de hacer referencia a formas de gobernar que prescindan de nociones clásicas conforme a las cuales el Estado representa el único sujeto destinado a administrar y hacerse cargo de necesidades públicas o, dicho de otro modo, a esquemas que consideren tanto la participación gubernamental como la no gubernamental en dicho quehacer².

En particular, en materia ambiental se ha acuñado el concepto de gobernanza adaptativa, referida a la gama de interacciones entre actores, redes, organizaciones e instituciones que surgen en el contexto de la búsqueda de un estado de los sistemas socio-ecológicos que se estima como deseado, y en virtud del cual se postula la necesidad de contemplar un cierto nivel de flexibilidad y evolución en la acción gubernamental³. Lo anterior, considerando, además, el hecho de que la mayoría de los

incumbentes y grupos de interés (*stakeholders*) en materia ambiental -desde agencias gubernamentales hasta organizaciones de base- cuentan con una cierta capacidad inherente para la innovación, la toma de decisiones y la gobernanza⁴.

Estos presupuestos conceptuales son necesarios para evaluar brevemente las propuestas del Gobierno en el diseño institucional en el anteproyecto de ley marco de cambio climático.

2. El borrador de propuesta

En el contexto del proceso de diálogo y participación ciudadana sobre el anteproyecto de ley marco de cambio climático, el Gobierno ha propuesto una estructura de gobernanza climática basada, en mi opinión, en cuatro niveles. En el primero se encuentra el Presidente de la República con el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad⁵, probablemente a cargo de la aprobación de los instrumentos normativos y de política. En el segundo nivel se encuentra el Ministerio del Medio Ambiente⁶, asesorado por un comité científico y con la participación de una comisión asesora nacional de cambio climático⁷, posiblemente, a cargo de la concordancia sobre la información disponible. En un tercer nivel se encuentra el equipo interministerial de cambio climático⁸, asociado a

¹ Cosens, Barbara A., Craig, Robin K., Hirsch, Shana Lee, Arnold, Craig Anthony, Benson, Melinda H., DeCaro, Daniel A., Garmestani, Ahjond S., Gosnell, Hannah, Ruhl J.B. y Schlager Edella. "The role of law in adaptive governance", en *Ecology and Society*, Vol. 22, N°1, marzo 2017.

² Cosens, Barbara A., Craig, Robin K., Hirsch, Shana Lee, Arnold, Craig Anthony, Benson, Melinda H., DeCaro, Daniel A., Garmestani, Ahjond S., Gosnell, Hannah, Ruhl J.B. y Schlager Edella. "The role of law in adaptive governance", en *Ecology and Society*, Vol. 22, N°1:30, marzo 2017.

³ Ídem.

⁴ DeCaro, Daniel A., Chaffin, Brian C., Schlager, Edella, Garmestani Ahjond S. y Ruhl J.B. "Legal and institutional foundations of adaptive environmental governance", en *Ecology and Society*, Vol. 22, No. 1:32, marzo de 2017.

⁵ Utilizando la estructura señalada en el art. 71 de la Ley N°19.300 de Bases del Medio Ambiente (LBMA) y que fue creado por la Ley N°20.417, de 2010.

⁶ Tras la reforma de la LBMA en 2010 (Ley N°20.417), el Ministerio del Medio Ambiente tiene entre sus atribuciones proponer "planes de acción en materia de cambio climático" (art. 70, letra h) y dentro de su estructura orgánica tiene la obligación de disponer de una unidad de cambio climático (art. 74).

⁷ Dicha Comisión ya existe y fue creada por el DS N°52, de 2017 (DO 5.1.2018), como una entidad de participación público-privada para colaborar en el diseño de las políticas y la identificación de las áreas prioritarias, entre otras.

⁸ El comité asesor interministerial sobre el cambio climático fue creado por resolución exenta N°197, de 2013 (DO 17.5.2013). Está integrado por representantes de 15 ministerios.

todos los ministerios y servicios públicos con competencia, el que estaría a cargo, probablemente, de consensuar las definiciones de ejecución técnica. Finalmente, el cuarto nivel, en donde se encuentra el Comité Regional de Cambio Climático presidido por el gobernador regional⁹, quien también contará con un consejo consultivo regional. A este último nivel se integrarían las secretarías regionales ministeriales, los municipios y la ciudadanía.

Un modelo de estas características reproduce una sistemática forma de abordar los dilemas transversales de la política pública y, si se analiza con detalle, sistematiza en algún sentido lo existente¹⁰. Ese es un criterio construido bajo una lógica que se debe establecer en todos los niveles (normativo, política, gestión y ejecutivo) y organismos colegiados, bajo la esperanza que de esta manera se lograrán mejores políticas públicas.

Esa pretensión tiene una aparente bondad, pero encierra una gran cantidad de costos e inconvenientes para la política pública que terminan por afectar sus resultados. La propuesta de gobernanza de cambio climático puede estar cometiendo el mismo error si no analiza el conjunto de restricciones que la figura que está proponiendo dispone en su interior y que ya han sido advertidas.

3. Las consideraciones omitidas en la propuesta del Gobierno

La primera es la racionalidad de organismos colegiados. Las estructuras colegiadas son una excepción en la operación de la Administración Pública, así lo declara el propio sistema legal¹¹. La razón es relativamente simple: las estructuras administrativas están pensadas para operar en términos ejecutivos. En las estructuras colegiadas se disponen de lógicas deliberativas para adoptar acuerdos que exigen estándares de conocimiento y decisión que son diversos que los de autoridades unipersonales, de modo que, inevitablemente, sus procesos resolutivos están sujetos a criterios y ritmos distintos.

La segunda es la que podríamos denominar la “paradoja

de la transversalidad”. En efecto, existe una tendencia creciente en la política pública chilena a instaurar la figura de comisiones o comités interministeriales cuya finalidad es tratar de establecer criterios compartidos para la adopción de políticas o ejecución de medidas. Esa fórmula, supone reconocer que las competencias siguen estando sectorialmente, pero en vez de sustraer competencias de los sectores para dejarlas en un solo lugar o bien repensar la competencia administrativa en términos flexibles, recurrimos al argumento de la transversalidad de determinados asuntos para promover estructuras colegiadas, que, de nuevo, se transforman más que en lugares deliberativos de política pública, en defensa de competencias sectoriales. Eso hace a las medidas públicas lentas, engorrosas y habitualmente alejadas del óptimo público. En el sistema institucional chileno existen más de 110 organismos colegiados (comités o comisiones) sólo de orden interministerial y es una práctica que ha ido en sostenido aumento¹².

La tercera, es la creencia que la coordinación es el mecanismo de solución eficiente y eficaz. En efecto, a pesar de que la ley utiliza principios como el de coordinación en términos imperativos, obligando a la unidad de acción¹³, como ha señalado la jurisprudencia administrativa, lo cierto es que sistemas de masiva atomización obligan a coordinaciones altamente costosas o derechamente inútiles que en más de una ocasión los jueces han debido corregir¹⁴. De hecho, el diseño institucional, en especial en medio ambiente, genera inevitablemente problemas entre organismos administrativos que la literatura suele describir como dilemas de redundancia que la coordinación no puede resolver adecuadamente¹⁵.

La cuarta son los dilemas de distribución de competencias territoriales. ¿Cuál es el mejor sistema de gobernanza subnacional? Muchos responderán: depende de la política pública que se desea implementar. Pues bien, entre nosotros hemos decidido provocar la descentralización administrativa mediante la descentralización política, lo que resulta evidente tras la aprobación de la Ley N°21.074, de 2018, que permitirá la elección directa de gobernadores regionales, dejando las competencias tradicionales del

⁹ La propuesta asume, al parecer, que la figura corresponde al gobernador electo tras la implementación de la Ley N°21.074.

¹⁰ Ver notas 6 a 9.

¹¹ El artículo 28, inciso tercero, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”) señala expresamente que: “En circunstancias excepcionales la ley podrá establecer consejos u órganos colegiados en la estructura de los servicios públicos (...)”.

¹² Para un análisis cualitativo y cuantitativo de este tipo de comisiones ver el trabajo de Plissock, C., (2018). “La estructura del Poder Ejecutivo en Chile: historia, presente y reflexiones para el futuro”, en: *Un Estado para la Ciudadanía*, coord. Lucas Sierra- Isabel Aninat, (Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos), pp. 153 y sgts.

¹³ Artículo 5.2 de la LOCBGAE señala que “Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”.

¹⁴ Para una perspectiva de los recientes casos en que la Corte Suprema se ha pronunciado sobre este punto ver Cordero Vega, L. (2018). “Los estándares de la Corte Suprema a las intervenciones administrativas integradas”, en: El Mercurio Legal, disponible en línea: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/05/29/Los-estandares-de-la-Corte-Suprema-a-las-intervenciones-administrativas-integradas.aspx>

¹⁵ Freeman, J y Rossi, J (2012). “Agency coordination in shared regulatory space”, en: *Harvard Law Review* (vol. 125, N°5), p. 1151.

antiguo intendente en el denominado delegado presidencial y disponiendo de un potencial modelo de transferencia de competencias sujeto a las potestades del Presidente de la República, entre las cuales se encuentran, las asociadas a medio ambiente. Quizá la única atribución que dicha ley da un sentido propio son los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (PROT), que, elaborados adecuadamente, pueden transformarse en un poderoso instrumento de gestión regional, aunque hay que decir que sin las transferencias de competencias adecuadas en otros ámbitos –como sucedería en medio ambiente–, generará disputas inevitables entre el gobernador regional y el delegado presidencial.

La propuesta del Ejecutivo en materia de gobernanza climática pareciera obviar esta situación y, al parecer, sigue creyendo en la pretensión coordinadora, de la cual la ley precitada se encarga nuevamente en transformar como el gran instrumento para garantizar la integridad de la política pública¹⁶.

4. Una reflexión final

La propuesta de gobernanza para el cambio climático planteada por el Gobierno no dispone en sí misma de ninguna novedad y descansa en el lugar común de colegiar organismos bajo la pretensión que la coordinación lo resolverá todo. Lo cierto es que en materia de cambio climático esto es aún más complicado si se considera la ausencia de instrumentos que permitan convergencia común.

El efecto de esto es que los incentivos institucionales terminan por transformar organismos públicos –teóricamente integrados en base al principio de unidad de acción–, en competidores que, atendidas sus metas y resultados presupuestarios, terminan por sacrificar el interés público en función de sus agendas sectoriales.

Esto es evidente en ámbitos como vivienda, seguridad ciudadana, transporte, medio ambiente y energía. En tales casos, el elemento común es que dos o más organismos públicos concurren con competencias de distinto orden y terminan generando resultados negativos para el interés público, porque satisfacen agendas sectoriales por las cuales presupuestaria y públicamente son medidos¹⁷.

Esos riesgos la propuesta del Gobierno no los considera, pero aún está a tiempo.

¿Y por qué no un organismo autónomo de cambio climático?

Escrito por Comité Editorial

Observatorio de la Ley de Cambio Climático para Chile

El artículo 30 del Anteproyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética de España crea un **Comité de Cambio Climático y Transición Energética** como órgano consultivo del Gobierno, independiente a éste y a la sociedad en su conjunto. Se trata de una **entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada**, que actúa con **autonomía y plena independencia orgánica y funcional**. En este sentido, ni su Presidente, ni sus miembros ni el resto de personal del Comité podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada y deberán actuar con independencia de cualquier interés empresarial o comercial. Su principal función es la de elaborar un informe anual sobre los avances y retrocesos respecto de los objetivos de la Ley, recomendaciones y propuestas, el cual será publicado y remitido al Gobierno y al Congreso de los Diputados, frente al cual el gobierno deberá valorar fundadamente su contenido.

Link del anteproyecto [AQUÍ](#)

¹⁶ El nuevo artículo 20 bis de la Ley Orgánica Constitución de Gobiernos Regionales (“LOCBGAE”) señala:

“Artículo 20 bis.- Las funciones generales y de ordenamiento territorial, de fomento de las actividades productivas y de desarrollo social y cultural, incluidas aquellas que se ejerzan en virtud de una transferencia de competencia, serán ejercidas en forma coherente con las políticas públicas nacionales vigentes, correspondiendo al ministro respectivo velar por aquello. Para estos efectos se entenderá que existe dicha coherencia cuando el ejercicio de funciones por el gobierno regional no contradiga las políticas públicas nacionales y sea compatible con los principios o definiciones establecidas en aquéllas.

Asimismo, en dicho ejercicio, se deberá actuar coordinadamente, propendiendo a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones, en cumplimiento del artículo 5° de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, promulgado el año 2000 y publicado el año 2001”. (Los destacados son de quien escribe).

¹⁷ Una simple revisión de algunas regulaciones recientes puede ser signo de esto, considerando la amplia colegiatura de algunas de ellas. Sólo a título ejemplar, el Decreto Supremo (“DS”) N°56, de 2017 (DO 12.12.2017) que aprueba la Política Antártica nacional incorporando la variable cambio climático; el DS N°310, de 2016 (DO 2.3.2017) crea la Comisión Nacional de Gestión Integral de Riesgos Agropecuarios, que incorpora la variable cambio climático, y que serán apoyadas por las Comisiones regionales de emergencia agrícolas y de gestión de riesgo climático (CREA), que se constituyeron por DS N°81, de 2008; DS N°1512, de 2016 (DO 18.2.2017) que aprobó la Política Nacional para la gestión de riesgo de desastres, en la cual el cambio climático forma parte de los riesgos subyacentes; el DS 87, de 2008 (DO 20.6.2009) creó el Consejo de Cambio Climático y Agricultura.