

Participación ciudadana en la metarregulación chilena

Citizen participation in Chilean meta-regulation

Diego Muñoz Vicuña*

La incorporación de la ciudadanía en la elaboración y en la revisión de regulaciones es uno de los pilares de la metarregulación. En el presente artículo se revisan las medidas implementadas por Chile en la materia, analizando sus falencias y proponiendo mejoras.

Palabras clave: Metarregulación, mejora regulatoria, participación ciudadana.

The incorporation of citizens in the elaboration and revision of regulations is one of the pillars of meta-regulation. This paper reviews the policies implemented by Chile in this area, analyzing its shortcomings and proposing improvements.

Keywords: Meta-regulation, better regulation, citizen participation.

RESUMEN / ABSTRACT

Introducción

La metarregulación, también denominada *Better Regulation*, *Smart Regulation* o política regulatoria, es una estrategia utilizada a nivel supranacional y/o nacional mediante la cual se implementan y proponen principios, diseños institucionales, procedimientos y metodologías, para la elaboración, adopción, aplicación, monitoreo y revisión de la regulación, a fin de que esta última se enfoque en obtener el mayor beneficio social, ambiental y económico, evitando contradicciones y ambigüe-

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho Público y candidato a Doctor en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Dirección postal: Conde de Sallent 15, piso 2A, Palma de Mallorca, España. Código postal: 07003. Correo electrónico: diegomunozvicuna@gmail.com.

El presente artículo fue realizado en el contexto del IV Congreso Internacional del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración, tomando como base parte del trabajo de investigación del Máster en Estudios Avanzados de Derecho Público, de la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco al profesor Marcos Vaquer Caballería, académico de la Universidad Carlos III de Madrid, al profesor Robert Gillmore Landon, académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y a Germán Muñoz Escudero, por sus observaciones y sugerencias.

Artículo recibido el 17 de enero de 2023 y aceptado el 25 de abril de 2023.

dades¹. Para la consecución de sus objetivos, la metarregulación fomenta la utilización de Análisis de Impacto Regulatorio (*Regulatory Impact Analysis*, "RIA") y de instancias de participación ciudadana.

Estados Unidos es un país emblemático en esta materia. La todavía vigente Orden Ejecutiva N° 12866, emitida por Bill Clinton en 1993, se refiere a la planificación y revisión regulatoria, proponiendo una filosofía en virtud de la cual se deben analizar los impactos de las propuestas regulatorias, brindando a la ciudadanía instancias significativas de participación. Esta política regulatoria fue reafirmada y complementada años más tarde por la Orden Ejecutiva N° 13563, dictada por Barack Obama².

España es otro país que basa su política regulatoria en los RIA y la participación ciudadana. El artículo 129 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece los principios de buena regulación; el artículo 130 de dicha ley regula la evaluación normativa exigiendo un análisis económico en la elaboración de normas, y el artículo 133 del aludido cuerpo legal regula la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos.

En el caso de Francia, desde el año 2004 se vienen exigiendo instancias de participación ciudadana como requisito para que los anteproyectos puedan ser analizados por instancias administrativas superiores antes de ser presentadas por el Gobierno al Parlamento³. Con posterioridad, el artículo 8° de la Ley Orgánica N° 2009-403, del año 2009, relativa a la aplicación de los artículos 34-1, 39 y 44 de la Constitución Francesa, ordenó que los proyectos de ley deben acompañarse de RIA, con consideraciones económicas, financieras, sociales y medioambientales, previo examen del Consejo de Estado.

Así, la metarregulación se ha expandido por el mundo en base a dos pilares fundamentales: La elaboración de RIA y la participación ciudadana. En lo que respecta a Chile, el primer pilar, relativo a la elaboración de RIA, ya ha sido estudiado con anterioridad⁴, sin embargo, el segundo pilar, sobre la incorporación de instancias de participación ciudadana en los procedimientos de elaboración y revisión de normativa, todavía se encuentra pendiente. Por lo mismo, en el presente artículo se revisarán los mecanismos de participación ciudadana contemplados por la metarregulación chilena y, a partir de dicha revisión, se proponen mejoras.

¹ Se hace presente que no existe un único significado de metarregulación. Véase MUÑOZ y MUÑOZ 2023, 30-34.

² Las vigentes Órdenes Ejecutivas pueden encontrarse en: <https://bit.ly/3lyGVsj>

³ Circular de 30 de septiembre de 2003, sobre la calidad de la reglamentación; FERNÁNDEZ 2004, 172.

⁴ MUÑOZ 2021, 69-95.

I. Mecanismos de participación ciudadana en la metarregulación chilena

1. Ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública

El 16 de febrero de 2011 se publicó la Ley N° 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública que, entre otras cosas, modifica la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), incorporando un nuevo Título IV, relativo a la participación ciudadana en la gestión pública, a fin de que cada organismo de la Administración del Estado establezca modalidades formales y específicas de participación que las personas y organizaciones deben tener en el ámbito de su competencia⁵, tarea que los diversos órganos cumplen a través de Resoluciones Exentas⁶. La mencionada ley establece cuatro mecanismos de participación ciudadana: La consulta ciudadana, los consejos de la sociedad civil, la transparencia y la cuenta pública participativa anual⁷.

La consulta ciudadana se emplea como herramienta para fortalecer los canales y espacios de información entre la ciudadanía y la autoridad, lo que se realiza a través de ventanillas virtuales de opinión que pretenden poner en discusión de la ciudadanía temas de interés público –tales como políticas, planes y reglamentos–, para lo cual se utiliza el sitio web institucional, con el propósito de obtener opiniones, propuestas y consultas⁸.

El segundo mecanismo son los consejos de la sociedad civil. Estos son órganos de carácter consultivo, conformados de manera representativa, diversa y pluralista, que acompañan a los Ministerios en la toma de decisiones y en el seguimiento de las políticas públicas⁹. Es importante mencionar que estos organismos pueden tratar materias muy diversas, entre las que se encuentran proyectos de leyes y reglamentos¹⁰.

El acceso a información relevante es la tercera modalidad de participación. A partir de ella, los ciudadanos pueden acceder a la información más importante de competencia del respectivo organismo de la Administración Pública, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución y de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. Para llevar adelante este cometido, los organismos utilizan el sitio electrónico institucional

⁵ Art. 70 de la LOCBGAE.

⁶ Véanse, por ejemplo, la Resolución Exenta N° 159, de 11 de junio de 2018, del Ministerio de Hacienda, o la Resolución Exenta N° 188, de 2 de febrero de 2021, del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

⁷ Arts. 71 a 74 de la LOCBGAE.

⁸ Arts. 5 a 7 de la Resolución Exenta N° 0264, de 15 de enero de 2015, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. A modo de ejemplo, véanse las consultas públicas del Ministerio de Energía: <https://bit.ly/3OMFRLI>.

⁹ Arts. 8 a 12 de la Resolución Exenta N° 0264, de 2015.

¹⁰ Por ejemplo, el Consejo Nacional de la Sociedad de la Subsecretaría de Transportes, en diciembre del 2017, discutió sobre el proyecto de ley de convivencia vial (véase Acta de la Sesión N° 49 en: <https://bit.ly/3Cn2Sii>).

correspondiente, poniendo a disposición pública, entre otras materias, información sobre su agenda legislativa, planes y políticas¹¹.

La cuenta pública participativa se debe efectuar anualmente y en virtud de ella los órganos de la Administración del Estado dan a conocer a la ciudadanía la gestión de sus políticas, planes, programas, acciones y de su ejecución presupuestaria. Esta cuenta debe estar respaldada por un informe detallado que debe estar a disposición del público, en el sitio web institucional, con al menos cinco días hábiles de anticipación de su realización¹².

2. Instructivos Presidenciales de participación ciudadana

Los Instructivos Presidenciales, se ha sostenido, son circulares emanadas por quien ostenta la Presidencia de la República en razón de su potestad de mando¹³, y se encuentran dirigidos a un conjunto indeterminado de funcionarios a quienes se les impone el deber de cumplir una serie de buenas prácticas en el ejercicio de sus funciones, de forma que solo tienen eficacia al interior de la Administración Pública¹⁴.

Desde la entrada de vigencia de la Ley N° 20.500, se han dictado cuatro Instructivos Presidenciales sobre participación ciudadana que pretenden colaborar a su implementación. El primero fue el Instructivo Presidencial N° 002, dictado por el expresidente Sebastián Piñera el 20 de abril de 2011; el segundo fue el Instructivo Presidencial N° 007, dictado por la expresidenta Michelle Bachelet el 6 de agosto de 2014; el tercero fue dictado por el expresidente Sebastián Piñera con fecha 21 de febrero de 2022, y el cuarto, actualmente vigente, fue dictado con fecha 18 de agosto de 2022 por el presidente Gabriel Boric.

Los cuatro Instructivos Presidenciales comparten la característica de recomendar a los órganos de la Administración del Estados mecanismos formales y específicos de participación ciudadana no contempladas en la ley —como los cabildos, diálogos ciudadanos y audiencias públicas, las plataformas digitales participativas, los diálogos y los presupuestos participativos¹⁵—. Los cuatro Instructivos Presidenciales, además, otorgan el rol de supervisión de las nuevas medidas al Ministerio Secretaría General de Gobierno (SEGEGOB)¹⁶.

¹¹ Arts. 13 y 14 de la Resolución Exenta N° 0264, de 2015.

¹² Art. 72 de la LOCBGAE; Numeral 13, letra e), del Instructivo Presidencial N° 007, de 18 de agosto de 2022.

¹³ PRECHT 1989, 469; CORDERO 2010, 33; BERMÚDEZ 2011, 314-315.

¹⁴ PRECHT 1989, 469; CORDERO 2010, 33; CORDERO 2015, 177.

¹⁵ Numeral 3, letra c), del Instructivos Presidencial N° 002, de 20 de abril de 2011; Apartado III del Instructivo Presidencial N° 007, de 6 de agosto de 2014; Apartado IV del Instructivo Presidencial N° 002, de 21 de febrero de 2022, y apartado V del Instructivo Presidencial N° 007, de 2022.

¹⁶ Numeral 4 del Instructivos Presidencial N° 002, de 2011; Apartado V del Instructivo Presidencial N° 007, de 2014; Apartado V del Instructivo Presidencial N° 002, de 2022, y apartado VI del Instructivo Presidencial N° 007, de 2022.

3. Instructivos Presidenciales de buenas prácticas regulatorias

Existen tres Instructivos Presidenciales vigentes de buenas prácticas regulatorias. El primero de ellos, dictado el 28 de febrero de 2014, imparte instrucciones sobre buenas prácticas regulatorias, y fue complementado con posterioridad a través del Instructivo Presidencial N° 004, de 15 de abril de 2019. El Instructivo Presidencial N° 003, también de 15 de abril de 2019, instruye la elaboración de Informes de Impacto Regulatorio (IIR) y deroga el Instructivo N° 002, del 8 de noviembre de 2016, que instruía la emisión de Informes de Productividad.

El Instructivo Presidencial N° 001, de 2014, recomienda que en todo proceso de elaboración de actos administrativos cuyo contenido implique el ejercicio de potestades regulatorias, los órganos de la Administración del Estado contemplen etapas de consultas públicas que permitan contar con una retroalimentación de los principales interesados y potenciales afectados acerca del diseño o impactos que podrían éstos producir¹⁷. Así también, el referido Instructivo dispone que la División Jurídico Legislativa del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES) puede exigir que, en la elaboración de Decretos Supremos cuya firma corresponda al presidente de la República, se indique si se han considerado las opiniones de organismos sectoriales competentes, de grupos o de personas individuales interesadas y, en caso de no haber contemplado ninguna instancia participativa, puede solicitar las razones que hayan llevado a obrar sin ellas¹⁸.

El Instructivo Presidencial N° 003, por su parte, establece tres tipos de IIR. En primer lugar, se debe efectuar una evaluación preliminar de un IIR. En segundo término, y para el caso que una normativa propuesta tenga ciertos impactos regulatorios, la evaluación preliminar de un IIR deberá concluir que se requiere preparar un "IIR Estándar". Finalmente, en caso de que una nueva normativa signifique un impacto substancial, procede un "IIR del Alto Impacto"¹⁹. Pues bien, tanto el "IIR Estándar" como el "IIR de Alto Impacto" exigen instancias participativas.

En efecto, el Instructivo Presidencial N° 003 expresa que, respecto de un "IIR Estándar", la etapa de participación resulta imprescindible, pues permite atender la opinión de los afectados ante el problema identificado y sus reacciones respecto a la propuesta regulatoria. Asimismo, permite disminuir el riesgo de que alguna alternativa viable no esté siendo considerada y que no se cuente con información y evidencia actualizada para tomar una decisión²⁰. El Instructivo Presidencial N° 004, por otro lado, regula la participación en los "IIR de Alto Impacto", contemplando un periodo de consulta pública²¹.

¹⁷ Apartado I, letra c, del Instructivo Presidencial N° 001, de 2014.

¹⁸ Apartado II, letras c, d y f, del Instructivo Presidencial N° 001, de 2014.

¹⁹ Apartado IV del Instructivo Presidencial N° 003, de 2019.

²⁰ Apartado IV, letra c, ítem ii, numeral 3, del Instructivo Presidencial N° 003, de 2019.

²¹ Apartado II, numeral 3, del Instructivo Presidencial N° 004, de 2019.

A pesar de lo ordenado por los Instructivos Presidenciales de buenas prácticas regulatorias, en los hechos, las instancias de participación ciudadana para la elaboración de una nueva regulación no han tenido un gran desarrollo. Desde la fecha en que fueron impartidos, solamente se han publicado seis "IIR Estándar", y no se ha publicado nunca un "IIR de Alto Impacto"²².

Ahora bien, no solo se han exigido instancias de participación ciudadana respecto de la elaboración de IIR. El Instructivo Presidencial N° 004 también considera instancias de participación ciudadana para la evaluación ex post de una normativa. Por lo mismo, señala que corresponde a los órganos de la Administración del Estado poner a disposición del público, en las respectivas páginas web de los ministerios y servicios, de forma permanente, la regulación administrativa y legislativa vigente del respectivo sector, e incluir un formulario de contacto para efectos de que la ciudadanía pueda opinar sobre la existencia de regulación o legislación derogada tácitamente, obsoleta, inaplicable o de otro modo prescindible²³. Luego, el aludido Instructivo señala que los organismos de la Administración del Estado deben informar a SEGPRES, en el mes de diciembre de cada año, sobre aquellas leyes, decretos leyes, decretos con fuerza de ley, reglamentos y otras normativas administrativas de alcance general, cuya vigencia se sugiere revisar por ser redundantes, innecesarias o estar tácitamente derogadas, e informar de aquellas que requerirían de un texto refundido, coordinado y sistematizado para su mejor ejecución²⁴.

La supervisión en el cumplimiento de las medidas de participación ciudadana establecidas por los Instructivos Presidenciales de buenas prácticas regulatorias recaería en SEGPRES, en tanto órgano encargado de aplicar los criterios de análisis regulatorios, de solicitar antecedentes a otros organismos sobre el ejercicio de potestades regulatorias, y de recibir anualmente un informe de simplificación regulatoria. Eventualmente estas funciones podrían recaer en la Oficina de Productividad y Emprendimiento Nacional (OPEN), en tanto órgano encargado de mantener y fomentar un marco regulatorio sólido, simple y eficiente, eliminando las cargas regulatorias excesivas que afecten negativamente el bienestar de la ciudadanía²⁵.

4. Leyes sectoriales

Existen en nuestro país leyes que exigen a ciertos reguladores realizar consultas públicas previa dictación de nueva normativa. Un caso emblemático en materia metarreguladora sería la Comisión para el Mercado Financiero, que en virtud del artículo 20 N° 3 de la Ley N° 21.000, no solo debe efectuar una

²² Sobre la manera en que estos informes se han llevado a la práctica, me remito a MUÑOZ 2021, 78-86. Los informes pueden encontrarse en el sitio web de OPEN: <https://bit.ly/3iimRsl>.

²³ Apartado II, numeral 4, del Instructivo Presidencial N° 004, de 2019.

²⁴ Apartado II, numeral 5, del Instructivo Presidencial N° 004, de 2019.

²⁵ Para más detalles sobre el tema institucional de los Instructivos de buenas prácticas regulatorias, véase MUÑOZ 2021, 86-88.

evaluación de impacto regulatorio para dictar normas de carácter general, circulares, oficios circulares y resoluciones, sino que también debe contemplar una instancia de consulta pública a la que sea posible acceder ingresando al sitio web institucional²⁶.

La misma exigencia se establece respecto a la regulación emanada de la Superintendencia de Seguridad Social. Según el artículo 2 literal b de la Ley N° 16.395, previo a dictar circulares o instrucciones de carácter general, la Superintendencia debe convocar a un proceso de consulta pública y recepción de comentarios. Al igual que la Comisión para el Mercado Financiero, este proceso se realiza a través del respectivo sitio web institucional²⁷.

Tanto la Ley N° 21.000 como la Ley N° 16.395 establecen que las instancias de participación ciudadana pueden eventualmente ser omitidas. En el primer caso, ello ocurriría cuando la Comisión, por resolución fundada, justifique que la normativa, atendida su urgencia, requiere de aplicación inmediata –lo cual, en todo caso, no implica que no deba elaborarse un informe de impacto regulatorio una vez aprobada la norma–, o cuando estime que este trámite es impracticable, innecesario o contrario al interés público²⁸. En el segundo caso, el proceso de consulta pública puede omitirse cuando por la naturaleza de la materia de que se trate o la oportunidad en que deba surtir efecto las instrucciones de carácter general, sean improcedentes²⁹.

5. Reglamentos de participación ciudadana de la Cámara de Diputados y el Senado

El año 2020, el Congreso Nacional aprobó los Reglamentos Internos de participación ciudadana tanto para la Cámara de Diputados como para el Senado. Según lo dispuesto por el título IV de ambos Reglamentos, cinco son las modalidades de participación ciudadana, y cuatro son importantes para efectos metarregulatorios: audiencias públicas; congreso virtual; consultas públicas y foro ciudadano³⁰.

Las audiencias públicas son sesiones, o partes de sesiones de una comisión, destinadas a oír a uno o más interesados en relación con un proyecto de ley o alguna materia sometida a su conocimiento y resolución, y se caracterizan por la interacción directa, que puede ser presencial o virtual, entre parlamentarios y ciudadanos. Si bien se ordena que las comisiones deben considerar a lo menos una audiencia pública para la discusión de un proyecto

²⁶ Comisión para el Mercado Financiero, “Normativa en consulta”: <https://bit.ly/3z8iTYo>.

²⁷ Superintendencia de Seguridad Social, “Normativa en trámite”: <https://bit.ly/3Jzmd3C>.

²⁸ Art. 20, numeral 3, incisos segundo y tercero, de la Ley N° 21.000.

²⁹ Art. 2°, literal b, inciso tercero, de la Ley N° 16.395.

³⁰ Las jornadas temáticas es otro mecanismo de participación ciudadana, pero se aleja de nuestro objeto de estudio toda vez que tiene por finalidad que la Cámara de Diputados, el Senado, o una comisión, según corresponda, interactúen con la ciudadanía en el análisis de una o más materias de interés público, no relacionada con un proyecto de ley en tramitación (Art. 20 de los Reglamentos de participación ciudadana).

de ley, ello puede obviarse si la misma se considera innecesaria o incompatible con la urgencia con que esté calificado el proyecto³¹.

El congreso virtual, en tanto, es una plataforma digital que tiene como finalidad facilitar la interacción entre parlamentarios y ciudadanos, permitiendo que éstos se pronuncien sobre proyectos de ley en tramitación legislativa y, en su caso, participen de las consultas públicas que se realicen de acuerdo con las normas establecidas en el Reglamento. La selección de los proyectos de ley que se incorporarán es efectuada por las unidades administrativas a cargo de la participación ciudadana, comunicaciones o prensa y la secretaría de comisiones³².

La consulta pública sería la tercera modalidad de participación ciudadana. Se trata de un mecanismo de participación virtual, no vinculante, público y abierto, mediante el cual la Cámara de Diputados, el Senado o una comisión consulta a la ciudadanía acerca de un proyecto de ley o un asunto de índole legislativa propio de su competencia³³.

El foro ciudadano es un espacio de participación, tanto presencial como virtual, en el que personas u organismos involucrados en la aplicación de una ley vigente pueden expresar su opinión sobre dichas normas y su implementación, así como sus eventuales propuestas de modificación³⁴. Según lo establecido por el artículo 22 de los dos Reglamentos de participación ciudadana, el foro ciudadano se aplica especialmente a las leyes que estén siendo revisadas por el Departamento de Evaluación de la Ley. Este organismo, desde su creación en el año 2010, ha evaluado un total de 13 leyes³⁵.

II. Aspectos para mejorar

De lo expuesto, podríamos identificar tres falencias de la participación ciudadana en los procesos regulatorios de Chile. En primer lugar, las diversas instancias de participación ciudadana se utilizan de manera dispersa, sin mayor coherencia y unidad. Segundo, contamos con un elevado número de organismos que en alguna medida deben garantizar la participación ciudadana en los procesos de evaluación, de realización de RIA y de simplificación regulatoria, lo cual podría llevar a confusiones. Tercero, no existe mayor claridad sobre el órgano administrativo o judicial encargado de revisar las reclamaciones por infracciones u omisiones de las instancias de participación ciudadana en los procesos regulatorios.

³¹ Arts. 11 y 12 de los Reglamentos de participación ciudadana.

³² Arts. 15 y 16 de los Reglamentos de participación ciudadana.

³³ Art. 17 de los Reglamentos de participación ciudadana.

³⁴ Art. 22 de los Reglamentos de participación ciudadana.

³⁵ Sobre el trabajo desarrollado por el Departamento de Evaluación de la Ley, véase MUÑOZ 2021, 88-92. Para más información sobre las leyes evaluadas, se recomienda acceder al sitio web del Departamento de Evaluación de la Ley: <https://bit.ly/43YHT2L>.

En cuanto al primer aspecto de mejora, al quedar en manos de los distintos órganos de la Administración del Estado la determinación de las formas, plazos y modalidades de participación, es perfectamente posible que nos encontremos ante situaciones regulatorias similares que, sin embargo, cuenten con un procedimiento distinto dependiendo del respectivo órgano involucrado. Esta era una de las grandes críticas que, por ejemplo, se predicaba en España en relación a la Ley de Bases de 1889, la cual delegaba en los Ministerios gran parte de la regulación sobre los procedimientos administrativos³⁶, y estos últimos lo realizaban mediante reglamentos de procedimiento que “regulaban de forma dispar, por ejemplo, la legitimación activa, el silencio de la Administración o los recursos administración”³⁷. De ahí que haya sido posteriormente derogada por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que es base de nuestra Ley N° 19.880³⁸.

La falta de coherencia y unidad tiene efectos en la participación que la ciudadanía pueda tener durante la elaboración de una nueva normativa, máxime cuando las modalidades de participación se publican en sitios webs distintos. Arroyo, en este sentido, ha señalado:

Lo que en modo alguno tiene sentido es que en el seno de la Administración del Estado cada departamento ministerial (y habrá que entender que también las Administraciones instrumentales que cuenten con potestades normativas) publiquen la información correspondiente a sus iniciativas y proyectos normativas en su propio sitio web. La dispersión de la información constituye un obstáculo considerable a la participación de los ciudadanos y organizaciones³⁹.

Con el fin de mejorar esta falencia, podríamos observar a Estados Unidos. La mayoría de los procesos regulatorios en este país utilizan un mecanismo denominado *notice-and-comment*, que ha incorporado nuevas tecnologías que permiten mejorar el procedimiento administrativo de elaboración de normas, centralizando en un sitio web la información generada en el marco de los procedimientos de elaboración de normas, aumentando la legitimidad del producto regulatorio a través del incremento de la transparencia y de la participación de los ciudadanos, mejorando la calidad de la regulación y reduciendo los costes de funcionamiento de la autoridad administrativa, llevando eventualmente a un mayor grado de cumplimiento de la regulación por parte de sus destinatarios y de la Administración Pública⁴⁰. A pesar de que el procedimiento *notice-and-comment* no es perfecto y requiere de una

³⁶ VAQUER 2016, 13.

³⁷ VAQUER 2016, 16.

³⁸ CORDERO 2018, 150.

³⁹ ARROYO 2017, 253.

⁴⁰ ARROYO 2017, 232-236. OIRA, para estos efectos, tiene un ítem denominado *participate in rulemaking* (ver <https://bit.ly/3LKG1UD>) que dirige al sitio web [regulations.gov](https://www.regulations.gov), que permite revisar y comentar las diversas propuestas regulatorias de las agencias. En ese sentido, véase <https://bit.ly/42EcGkQ>.

constante evaluación de sus resultados, considerando una mayor focalización de la participación ciudadana con una tecnología adecuada⁴¹, se trata de un instrumento que en Chile se utiliza en forma parcelada, nunca centralizada en un solo sitio web.

Otro aspecto de mejora lo encontramos en la dificultad para identificar al órgano realmente responsable de garantizar las instancias de participación ciudadana en los procesos regulatorios. La fiscalización de las instancias participativas durante la elaboración de los IIR o en los procesos de evaluación de normas, cuando no emana de reguladores sectoriales, podría recaer en la SEGPRES, en OPEN, en la SEGEGOB y en el Departamento de Evaluación de la Ley, mientras que la simplificación podría recaer en OPEN y en cada uno de los órganos de la Administración del Estados –en este caso, bajo supervisión de la SEGPRES–. Esta falencia, por lo demás, también ha sido identificada por la OCDE, que en el 2016 señaló:

Chile va a la zaga de la mayoría de los países de la OCDE en garantizar que el público participe de manera sistemática en el proceso regulatorio. Las prácticas de consulta varían entre los reguladores, pero no hay una autoridad única que garantice que esas consultas realmente se hayan llevado a cabo, ni que se realizaron de manera adecuada antes de que se emitiera la regulación. Aunque Chile ha hecho mejoras al integrar las prácticas de consulta en el proceso regulatorio, queda mucho por hacer para asegurarse de que las partes reguladas cuenten con los canales y mecanismos adecuados para ser consultados durante la redacción y análisis de las regulaciones⁴².

En esta materia podríamos observar nuevamente a Estados Unidos, en que la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) vela por la buena elaboración de RIA y la real implementación de instancias de participación ciudadana⁴³. Sobre este aspecto, Cass Sunstein, Administrador de la OIRA durante el mandato de Obama, ha expresado que hoy existe mayor conciencia de la "importancia de permitir la participación pública en el diseño de normas, toda vez son los miembros del público quienes tendrán la valiosa y dispersa información sobre los efectos probables, los problemas existentes, las soluciones creativas y posibles consecuencias indeseadas"⁴⁴.

El tercer aspecto de mejora refiere al control administrativo o judicial sobre reclamos por infracciones u omisiones de las instancias de participación durante la tramitación de nuevas regulaciones. Conforme al artículo 70 de la LOCBGAE, las modalidades formales y específicas de participación de las personas y organizaciones son establecidas por cada órgano de la Administración del Estado, y estos últimos los han establecido mediante Resoluciones Exen-

⁴¹ ARROYO 2017, 240-244.

⁴² OCDE 2016, 120-121.

⁴³ SUNSTEIN 2013, 1846.

⁴⁴ SUNSTEIN 2011, 8.

tas. De esta forma, si se infringe las instancias de participación ciudadana, podría sostenerse que procede un reclamo ante el mismo órgano que emitió la resolución a través de recursos administrativos; que procede una denuncia ante la Contraloría General de la República⁴⁵ o, eventualmente, que se puede exigir la responsabilidad del respectivo órgano de la Administración del Estado o el funcionario implicado a través del artículo 4° de la LOCBGAE⁴⁶.

Los Instructivos Presidenciales, por otro lado, tienen un carácter meramente interno, de forma tal que sus disposiciones van dirigidas a un grupo indeterminado de funcionarios públicos para el buen ejercicio de sus funciones. De esta forma, al no afectar directamente a la ciudadanía, serían en sí mismos irrecurribles. No obstante, se ha sostenido que podría recurrirse indirectamente contra ellas en la medida que los actos emanados bajo su orientación afecten a la ciudadanía, o exigiéndose la responsabilidad de los órganos de la Administración y los funcionarios públicos en virtud del artículo 4° de la LOCBGAE⁴⁷.

Los Reglamentos de participación ciudadana emitidos por la Cámara de Diputados y por el Senado, por su parte, fueron emitidos en razón del artículo 4° de la Ley N° 18.918, en cuya virtud cada Cámara puede dictar sus propios reglamentos para regular su organización y funcionamiento interno. Conforme a dicha disposición, correspondería a la Comisión de Ética y Transparencia del Senado o de la Cámara de diputados; a una Comisión de Biblioteca del Congreso Nacional compuesta por los Presidentes de ambas Corporaciones o a una Comisión Bicameral integrada por cuatro Senadores y cuatro Diputados, en única instancia, conocer los reclamos que se formulen al respecto.

Así, en Chile pareciera no existir una clara vía de reclamación –judicial o administrativa– para exigir el cumplimiento de las instancias de participación ciudadana durante los procedimientos de creación de nueva normativa y, en caso de existir, no pareciera ser ésta del todo imparcial e independiente –como ocurriría, por ejemplo, con la Comisión Bicameral del Congreso Nacional–. De ahí que, por defecto y como ha ocurrido respecto de normativa emanada por reguladores sectoriales, se interpongan recursos de protección.

En efecto, en causa rol N° 39.826-2021, la Corte Suprema revocó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago declarando admisible un recurso de protección interpuesto contra la Comisión de Mercado Financie-

⁴⁵ El Instructivo Presidencial N° 007, de 18 de agosto de 2022, expresa: “En caso de recibir denuncias sobre infracciones a las normas comprendidas en el Título IV de la Ley N° 18.575, la jefatura del servicio o ministerio respectivo deberá dar respuesta en un plazo de treinta días corridos, sin perjuicio del derecho que les cabe a las personas de acudir a la Contraloría General de la República”.

⁴⁶ El artículo 4 de la LOCBGAE dispone: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

⁴⁷ PRECHT 1989, 470-472.

ro por haber dictado el Oficio Circular N° 1.208, de 28 de abril de 2021, de manera ilegal y arbitraria, al no convocar la consulta pública ordenada por el artículo 20 N° 3 de la Ley N° 21.000. Asimismo, en causa rol N° 20.713-2020, la Corte Suprema revocó otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo un recurso de protección presentado en contra la Superintendencia de Seguridad Social por haber dictado la Circular N° 3.435, de 9 de julio de 2019, sin haber efectuado una consulta pública, vulnerando con ello el artículo 19 N° 2 de la Constitución, que asegura la igualdad ante la ley. En esta última sentencia, la Corte Suprema declaró:

Que, de los expuesto, se desprende que el acto es ilegal y arbitrario, no solo por carecer de adecuada fundamentación, infringiéndose lo dispuesto en los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, sino especialmente porque omite la consulta pública previa obligatoria, establecida en el artículo 2° letra b, inciso tercero, de la Ley N° 16.395, sin entregar justificación alguna⁴⁸.

La pregunta es, sin embargo, si la Corte de Apelaciones –o en última instancia, la Corte Suprema, como se ha notado– es la instancia adecuada, y el recurso de protección el medio idóneo, para garantizar la participación ciudadana en los procesos regulatorios. En este ámbito, podríamos observar a España, donde una eventual infracción a los principios de buena regulación y de las instancias de participación ciudadana podría reclamarse ante los tribunales contenciosos administrativos⁴⁹; o el caso de Francia, en que el Consejo Constitucional se encuentra habilitado para comprobar la correcta producción de los RIA durante el procedimiento legislativo⁵⁰.

En consecuencia, las tres debilidades que se observan en las instancias de participación ciudadana contempladas en los procesos regulatorios de nuestro país afectan la implementación de la técnica de metarregulación. Con el fin de salvar dichas falencias, y contribuir a una auténtica incorporación de la ciudadanía en el diseño y evaluación de las regulaciones, se propone otorgar mayor unidad y coherencia a los procedimientos de participación ciudadana durante el ciclo regulatorio; establecer un órgano garante del cumplimiento de los mecanismos de participación ciudadana, e identificar con mayor claridad al órgano administrativo o judicial encargado de conocer las eventuales infracciones a ellas.

⁴⁸ Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Causa rol 20.713-2020. Sentencia de fecha 7 de octubre de 2020, considerando duodécimo.

⁴⁹ En esta materia, en todo caso, se recomienda leer a VAQUER (2017, 172-173), quien ha hecho presente que en España no hay claridad absoluta sobre el órgano encargado del control judicial de las instancias de participación ciudadana y RIA de los proyectos de ley.

⁵⁰ DUPRAT 2012, 382; VAQUER 2017, 192.

Bibliografía citada

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2017). Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América. En MARTÍN DELGADO, I. (Coord.), *La reforma de la Administración electrónica: Una oportunidad para la innovación desde el Derecho* (pp. 231-258). Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing Chile-Thomson Reuters.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 17 (1), 21-50.
- _____ (2018). El procedimiento administrativo en Chile. En Parejo Alfonso, L. y Vaquer Caballería, M. (Coord.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo, I Derecho comparado* (pp. 147-184). Tirant lo Blanch.
- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Legal Publishing Chile-Thomson Reuters.
- DUPRAT, J. P. (2012). The judicial review of ex ante impact assessment in France: An attempt to fuse the principles of legal certainty and institutional balance. *Legisprudence* 6(3), 379-396.
- FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel (2004). Francia: Seguridad jurídica y nueva política codificadora. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 2(4), 147-180.
- MUÑOZ VICUÑA, Diego (2021). Análisis de la metarregulación en Chile. *Revista de Derecho Administrativo Económico* 34, 69-95.
- MUÑOZ VICUÑA, Diego y MUÑOZ VICUÑA, Pablo (2023). Una revisión de las principales estrategias regulatorias y su implementación en Chile. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC* 10, 1-46.
- OCDE (2016). *Política Regulatoria en Chile. La capacidad del gobierno para asegurar una regulación de alta calidad*. OECD Publishing.
- PRECHT PIZARRO, Jorge (1989). Valor Jurídico de las directivas presidencias, programas ministeriales, circulares e instrucciones de servicio. *Revista Chilena de Derecho* 16 (2), 465-474.
- SUNSTEIN, Cass (2011). Smarter Regulation: Remarks from Cass Sunstein, Administrator, Office of Information and Regulatory Affairs. *Administrative Law Review* 63, 7-13.
- _____ (2013). Commentary. The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and realities. *Harvard Law Review* 126, 1838-1878.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2016). La codificación del procedimiento administrativo en España. *Revista General de Derecho Administrativo* 42, 1-42.
- _____ (2017). Auge y problemas de la metarregulación: La iniciativa legislativa y potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común. En PONCE SOLÉ, J. y CERRILLO MARTÍNEZ, A. (Coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio* (pp. 165-195). Instituto Nacional de Administración Pública.

Normativa citada

- Circular sobre la calidad de la reglamentación en Francia. 30 de septiembre de 2003.
- Decreto N° 100 de 2005. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 17 de septiembre de 2005. D.O. N° 38.268.
- Instructivo Presidencial N° 002 [Presidencia de la República]. Para la participación ciudadana en la gestión pública y deja sin efecto acto administrativo que indica. 20 de abril de 2011.
- Instructivo Presidencial N° 001 [Presidencia de la República]. Imparte instrucciones sobre buenas prácticas regulatorias. 28 de febrero de 2014.
- Instructivo Presidencial N° 007 [Presidencia de la República]. Para la participación ciudadana en la gestión pública y deja sin efecto instructivo que indica. 6 de agosto de 2014.
- Instructivo Presidencial N° 002 [Presidencia de la República]. Instruye la emisión de Informes de Productividad respecto a las iniciativas legales que indica. 8 de noviembre de 2016.

- Instructivo Presidencial N° 003 [Presidencia de la República]. Instruye la elaboración de Informes Impacto Regulatorio y deroga el Instructivo Presidencial N° 002. 15 de abril de 2019.
- Instructivo Presidencial N° 004 [Presidencia de la República]. Complementa Instructivo Presidencial que indica, sobre medidas de simplificación legislativa y regulatoria. 15 de abril de 2019.
- Instructivo Presidencial N° 002 [Presidencia de la República]. Para el fortalecimiento de la participación ciudadana, y deja sin efecto instructivo que indica. 21 de febrero de 2022.
- Instructivo Presidencial N° 007 [Presidencia de la República]. Para el fortalecimiento de la participación ciudadana en la gestión pública. 18 de agosto de 2022.
- Ley N° 16.395 de 1965. Fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social. 16 de diciembre de 1965. D.O. N° 26.351.
- Ley N° 18.918 de 1990. Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. 26 de enero de 1990. D.O. N° 33.588. Ley N° 20.500 de 2011. Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública. 4 de febrero de 2011. D.O. N° 39.887.
- Ley N° 21.000 de 2016. Crea la Comisión para el Mercado Financiero. 10 de febrero de 2016. D.O. N° 41.692.
- Ley N° 39/2015 de 2015. Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE. 2 de octubre de 2015.
- Ley Orgánica N° 2009-403 de 2009. Relativa a la aplicación de los artículos 34-1, 39 y 44 de la Constitución. 15 de abril de 2009.
- Orden Ejecutiva N° 12866 [expresidente William Clinton]. Sobre planificación y revisión regulatoria. 30 de septiembre de 1993.
- Orden Ejecutiva N° 13.563 [expresidente Barack Obama]. Para mejorar la regulación y la revisión regulatoria. 18 de enero de 2011.
- Reglamento de participación ciudadana [Cámara de Diputados]. 18 de marzo de 2020.
- Reglamentos de participación ciudadana [Senado]. 29 de octubre de 2020.
- Resolución Exenta N° 0264 de 2015 [Ministerio Secretaría General de la Presidencia]. Aprueba norma general de participación ciudadana del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y deja sin efecto acto administrativo que indica. 15 de enero de 2015.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Causa rol 20.713-2020, 7 de octubre de 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala Constitucional. Causa rol 39.826-2021, 23 de junio de 2021.