

La revisión de las decisiones adoptadas por reguladores y órganos especializados: una mirada institucional

*Javier Tapia & Luis Cordero**

1. Introducción.

La existencia de un mecanismo de escrutinio de las decisiones adoptadas por los reguladores es – que duda cabe– una parte fundamental de cualquier sistema regulatorio y es un estándar adecuado de calidad de un sistema democrático. Sin embargo, el diseño institucional de dicho mecanismo no es una cuestión trivial ni simple. Quién esté a cargo de ello (en última instancia, el legislador) enfrentará uno de los problemas centrales y quizás más complejos del derecho administrativo: la definición de la interrelación más adecuada entre el órgano que revisa y aquél que adopta la decisión. Para resolver esta cuestión, se requiere dar respuesta a al menos dos cuestiones: primero, ¿cuál será la naturaleza del órgano revisor?; y segundo, ¿cuál será el ámbito que se le conferirá para que lleve a cabo la revisión?

Ambas preguntas tienen una naturaleza diversa. La primera es una cuestión orgánica, que dice relación con el carácter generalista o especializado que tendrá el órgano revisor – entendidos estos conceptos en el sentido que precisamos más adelante.¹ La segunda pregunta es, en cambio, sustantiva, cuya respuesta requiere decidir si la revisión será amplia (esto es, si abarcará cuestiones de hecho, de derecho y de política), lo que equivale a una apelación, o si será restringida (por ejemplo, sólo sobre cuestiones de derecho), lo que en derecho comparado se conoce como “revisión judicial” y que en nuestro derecho equivaldría a una casación. Ambas constituyen las variables centrales del diseño institucional.

Por cierto, la respuesta a cada una de estas preguntas implica resolver importantes *trade-offs*. Con todo, más importante que éstos, considerados por separado, es el hecho que la respuesta a ambas debiera estar intrínsecamente vinculada. Es decir, el estándar de revisión requiere ser diseñado “a la medida” de las características institucionales del organismo revisor. Esto en razón de los incentivos que se generan. Si el organismo es generalista y carece de *expertise*, es altamente probable que sea deferente a las agencias administrativas cuando se trate de revisar ciertos temas, al menos respecto de cuestiones de hecho y, probablemente, también en cuestiones de

* Académicos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Tapia: Doctor en Derecho (*University College London*), Master en Regulación (*London School of Economics and Political Sciences*), javier.tapia@derecho.uchile.cl; Cordero: Doctor en Derecho, Universidad de Lleida, lcordero@derecho.uchile.cl. Los errores son nuestros (aunque cada uno culpa al otro de haberlos causado).

¹ Véase sección 2.1.1.

política. Por tanto, en principio el estándar de revisión no debiera permitirle ir más allá de las cuestiones de derecho, como una forma de restringir la “tentación de desviarse” de dicha deferencia, pues, dado su carácter generalista, el resultado podría resultar dañino para los objetivos que el sistema regulatorio persigue. La situación es exactamente la contraria en el caso de un órgano revisor especializado en un área determinada. Éste tiene escasos incentivos a ser deferente con las agencias, pues su propio conocimiento (ya sea acumulado en el tiempo o adquirido por conocimientos en una determinada ciencia o arte) le permite examinar con confianza no sólo el derecho, sino también cuestiones de hecho y de política. Por tanto, si este organismo es restringido por el estándar, no parece que hubiera existido razón alguna para crear tal organismo en primer lugar, pues se perderían los beneficios de la especialización. Como expondremos, varios de los temores que tradicionalmente justifican restringir el estándar a ser aplicado por organismos especializados tienen que ver precisamente con este incentivo (esto es, con el temor a que las agencias se transformen en un mero “compilador de hechos”). Más allá de esto, sin embargo, la conclusión que por ahora importa es la antes indicada: ambas variables institucionales debieran estar intrínsecamente vinculadas para que el sistema institucional opere de una manera eficiente.

Para estos efectos, entendemos por eficiencia del sistema el hecho que las controversias sean resueltas de una forma rápida, con decisiones adecuadas al tipo de materia de que se trate y que los incentivos creados por el sistema no conlleven a que la(s) etapa(s) de revisión sea(n) sobre-utilizada(s).

Nuestro propósito en este trabajo es mostrar cómo las dos variables institucionales han sido establecidas en dos importantes ámbitos de nuestro derecho: la libre competencia y la normativa medioambiental. En ambos casos el diseño es relativamente similar, caracterizado fundamentalmente por la existencia de un sistema de agencias administrativas y tribunales especializados: la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en el primer caso, y el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio ambiente (SMA) y tres Tribunales del Medio Ambiente (TMA), en el segundo. En ambos las decisiones de estos tribunales son revisadas por la Corte Suprema, por medio de diversos recursos y, por tanto, con diferentes estándares de revisión.²

Antes de continuar, es importante precisar dos cuestiones. Primero, no pretendemos argumentar que los tribunales especializados representan necesariamente el modelo más adecuado para lidiar con los casos en un área determinada. Ni siquiera utilizamos este argumento respecto del TDLC y los TMA. La discusión sobre si este modelo es superior a otros queda fuera del ámbito

² Por cierto, existen importantes diferencias en ambos modelos cuyas consecuencias exploramos más adelante. Sin embargo, para nuestros propósitos, ambos comparten suficientes similitudes como para realizar un estudio conjunto del modelo de escrutinio creado por el legislador.

autoimpuesto en este trabajo. Enseguida, tampoco hacemos aquí una revisión crítica y exhaustiva de las decisiones adoptadas por los indicados tribunales o por la Corte Suprema, sino sólo utilizamos algunas de ellas como apoyo para la argumentación. Nuestro enfoque es esencialmente institucional.

Fuera de esta introducción, este trabajo está organizado de la siguiente forma. La sección 2 presenta las variables institucionales en mayor detalle. La parte 3 muestra esquemáticamente cómo ellas influencias el comportamiento del regulador. En la parte 4 aplicamos el análisis al derecho en las áreas de la libre competencia y medioambiental. La parte 5 presenta el problema subyacente a la deferencia. Algunas alternativas de solución cierran el trabajo.

2. Las variables institucionales.

Al analizar el diseño institucional de un determinado régimen regulatorio, existen diversas cuestiones centrales que deben ser consideradas. Por ejemplo, la necesidad de establecer un sistema unificado de toma de decisiones o uno donde los poderes y facultades de investigación y persecución estén separados de la decisión. Este punto lo tratamos en mayor detalle en la sección 4. Por ahora, estamos interesados, primero, en una cuestión subsiguiente a la anterior: si existe un órgano decisor separado, ¿debe éste ser especializado o debe la cuestión ser entregada a la jurisdicción general? Esta misma pregunta puede ser realizada respecto del órgano encargado de la revisión. En cualquier caso, la opción por uno u otro modelo –especialización o régimen general– influye en los incentivos que dichos órganos tendrán al momento de ejercer sus funciones. Esto es lo que consideramos como primera variable institucional (2.1). Una cuestión vinculada, pero diferente, dice relación con el instrumento que el ordenamiento otorga al órgano revisor para decidir la materia específica sometida a su conocimiento. El instrumento determina en buena medida (aunque no de forma exclusiva) el estándar de revisión. Esta es la segunda variable institucional (2.2). Subyacente al análisis de ambas variables se encuentra la cuestión del ámbito de la decisión. El órgano decisor o el revisor adoptarán diversas posturas, diversos grados de intervención, como resultado de la interrelación entre los incentivos dados por la primera y las posibilidades entregadas por la segunda.

2.1. Primera variable: especialización versus régimen general.

2.1.1. ¿Qué es la especialización?

Siguiendo el trabajo de Tapia & Montt (2012), consideramos que la especialización es un concepto compuesto por tres partes. El primer elemento es el la “experticia”: un elevado nivel de conocimiento en el área sustantiva específica que será sometida a juicio, en razón de su estudio

pormenorizado. Nótese que no es necesario que el revisor sea más experto que el decisor, sino que es suficiente con que posea un conocimiento importante en el área, de modo que pueda decidir a cabalidad incluso acerca de los detalles del problema en cuestión. Si el conocimiento del revisor (o incluso del equipo que lo apoya) es elevado, él puede alegar que posee una competencia al menos similar al del decisor primario. El segundo elemento es la experiencia, esto es, la acumulación de un conocimiento o destreza. Un revisor será también especializado cuando debe revisar un alto número de decisiones inferiores en la misma materia, especialmente si esas decisiones se refieren generalmente a un área particular. La presencia de este elemento implica que, de manera contraria a la creencia extendida, la experticia no es el elemento que necesariamente define a la especialización. Finalmente, la especialización también incluye lo que denominamos “objeto específico”; esto es, el deseo específico de introducir coherencia lógica a los objetivos de una parte del sistema legal y proteger al menos uno o algunos de ellos. Así, el legislador ha considerado que existen atendibles y valiosas razones de política pública que justifican el establecimiento de una jurisdicción especializada a la cual se le confíe la tutela sobre un ámbito del derecho porque, se estima, la jurisdicción tradicional no será capaz de realizar dicha función de un modo adecuado y eficaz. En nuestra opinión, las tres partes son igualmente relevantes y probablemente inseparables. Por tanto, un juez “generalista” carece de uno o más de estos atributos.

2.1.2. *¿Cómo afecta la especialización el resultado de la regulación? Los incentivos derivados de la especialización.*

Al ejercer diversos grados de intervención, el órgano revisor delimita de distintas formas el ámbito en el cual el decisor puede desplegar sus poderes (esto es, su discreción).³ Al menos desde un punto de vista teórico, la revisión puede ser desplegada en un continuo de opciones que va desde el escrutinio mínimo de la decisión de la instancia previa hasta la total substitución de la decisión adoptada en esa instancia. Estos dos extremos representan dos doctrinas administrativas acerca de los límites que el control judicial impone a las decisiones regulatorias: la “deferencia” y la “no-deferencia”.⁴ Ambos enfoques son meramente referenciales, pero no obstante resultan muy útiles cuando son considerados como “atajos” para referirse a una mayor discreción administrativa o una mayor discreción judicial, respectivamente. Por esto, sin perjuicio que el control judicial es

³ Esta sección sigue mayoritariamente a Javier Tapia & Santiago Montt, “Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust”, en *The Global Limits of Antitrust* (Sokol & Lianos, eds), capítulo 10, p.141 (Stanford University Press, 2012).

⁴ La referencia a los “grados de deferencia” es común en la literatura anglosajona. Entre los autores ingleses, véase por ejemplo Craig, Paul (2008): *Administrative Law* (London, UK: Sweet & Maxwell, p. 615; y Young, Alison L. (2009): ‘In Defence of Due Deference’, 72 *Modern Law Review* 554-80; en la literatura norteamericana, véase por ejemplo Tiller, Emerson H. (1998): ‘Controlling Policy by Controlling Process: Judicial influence on regulatory Decision Making’ 14 *Journal of Law, Economics and Organization* 114, p. 117; Breyer, Stephen (1986): ‘Judicial Review of Questions of Law and Policy’, *Administrative Law Review*, 38: 363, p. 366; y Levin, Ronald M. (1985): ‘Identifying Questions of Law in Administrative Law’, *Georgetown Law Journal*, 74: 1-63.

una cuestión de grado, la dicotomía es útil como herramienta analítica y, en este sentido (*sólo* en este sentido), el estudio del escrutinio de las decisiones puede ser realizado aplicando este lenguaje.

La deferencia indica que toda vez que el significado de una norma es ambiguo con respecto a la específica cuestión de derecho que se trata de resolver, la Corte debiera rehusar considerar el mérito legal de la interpretación utilizada en la decisión de la instancia previa. Esto es, la deferencia otorga al regulador un amplio margen de discreción en sus pronunciamientos. Por su parte, la no-deferencia puede ser simplemente definida de un modo negativo, esto es, como ausencia de deferencia. Así, el revisor examina (o re-examina) y decide respecto de parte o todos los aspectos sustanciales y procedimentales ya resueltos en la instancia previa. En su versión más extrema (que aquí denominaremos “interferencia”), la no-deferencia implica la completa substitución de la decisión de la instancia previa por aquella que el revisor considera es la correcta interpretación de la cuestión a ser decidida. Por tanto, mientras más cercana esté la no-deferencia a la interferencia, más reducido es el nivel de aceptación de la decisión realizada en la instancia previa.

Como hemos adelantado, el nivel de especialización afecta crucialmente el ámbito de la revisión y la extensión de la discrecionalidad administrativa o judicial. La discreción se refiere normalmente a cuestiones de hecho, de derecho o de política.⁵ Debido a su carencia de conocimiento experto o su falta de experiencia en las materias a ser decididas, es esperable que un revisor generalista no examine todos los aspectos de la decisión previa, sino que su examen se circunscribirá a los aspectos procesales y a atestar que no existan vulneraciones flagrantes del derecho. Por el contrario, las cuestiones de derecho y de política serán normalmente dejadas a la discrecionalidad del decisor previo. En lenguaje estadístico, el revisor se mantendrá en el ámbito de las opciones *discretas*, con el resultado esperado de una mayor deferencia. Como analizamos más adelante, argumentos relativos a la complejidad y tecnicismo de la materia son los que normalmente se recalcan para justificar esta especie de enfoque *light touch*.

Tales argumentos resultan débiles en presencia de revisores especializados. La especialización crea incentivos a incrementar la discreción mediante la revisión de *todos* los aspectos de la decisión previa. Haciendo uso nuevamente del lenguaje estadístico, el revisor especializado posee opciones *continuas*. Un mayor grado de especialización permite al revisor sentir más confianza en sus propias capacidades cuando lidia con materias que en principio parecen requerir de un conocimiento especial, y, por tanto, se siente capacitado para juzgar temas complejos - incluso

⁵ Entre otros, véase Dworkin, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously*. London, UK: Duckworth, p. 22; y Wade, H.W.R. and C.F. Forsyth (2004): *Administrative Law* (Oxford, UK: OUP, 9th ed.), pp. 250 *et seq.*; Breyer, Stephen, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein and Matthew L. Spitzer (2002): *Administrative Law and Regulatory Policy*. New York: Aspen Publishers, 5th ed., p. 227; y Spiller, Pablo and Emerson H. Tiller (1996): ‘Invitations to Override: Congressional Reversals of Supreme Court Decisions’, *International Review of Law & Economics*, 16: 503-21.

técnicamente. Como ha sostenido un autor, el conocimiento especializado provee de un mejor entendimiento de los objetivos de políticas relevantes, reduce la probabilidad de inadvertencias, permite alcanzar coherencia y minimiza la dependencia de las posiciones y habilidades adversariales de los abogados y asesores de las partes.⁶ Por cierto, nada de esto implica un argumento normativo en favor o en contra de la especialización. Nuestra descripción es meramente positiva: si un tribunal es especializado, probablemente se sentirá menos inclinado a ser deferente con la instancia previa, sin considerar cuán experto es quien ha adoptado la decisión en esa instancia.

2.1.3. *¿Cuándo se justifica la especialización?*

En términos generales, la especialización es una respuesta al incremento de la complejidad de ciertos temas. En materia de políticas públicas, la razón más básica para incluir especialización es que el legislador considera que hay motivos valorables y suficientes que deben ser protegidos de una forma que los jueces generalistas no están en posición de velar de manera adecuada o efectiva. En otras palabras, el objeto-específico constituye la principal razón para incluir especialización en el sistema regulatorio. Por cierto, pueden existir varios otros motivos y normalmente ellos son invocados en la decisión: uniformidad, predictibilidad, *expertise* y la necesidad de contar con “mejores decisiones” (cualquiera sea el pensamiento subyacente a esta expresión) son los más comunes. Sin embargo, el objeto-específico es la característica que mejor singulariza y subsume la demanda por especialización.

En materia ambiental la demanda por especialización ha resultado de suponer que la existencia de un sistema de solución de controversias de este carácter permitiría uniformidad en las decisiones, predictibilidad, eficiencia en la oportunidad de la resolución de controversias, control intenso de la discrecionalidad de las agencias ambientales y, en consecuencia, promoción de la confianza pública⁷. Aunque es habitual sostener también que esa especialización puede hacer más fácil la captura, considerando la limitada representatividad de los casos que podrían conocer⁸.

2.2. ***Segunda variable: el instrumento y el estándar de revisión.***

Como hemos visto, la segunda variable del diseño institucional dice relación con el estándar de revisión, el cual distingue entre el estándar de apelación (o revisión de mérito) y el estándar conocido como revisión judicial. Esta sección explica con mayor detalle la distinción. Con todo, es importante considerar un aspecto que no ha sido tradicionalmente clarificado: toda revisión es, en

⁶ Legomsky, Stephen H. (1990): *Specialized Justice*. Oxford, UK: Clarendon Press, p. 22.

⁷ Pring & Pring (2010)

⁸ *Ibid.*.

alguna medida, una revisión del mérito. En este sentido, la nomenclatura de “deferencia” *versus* “no-deferencia” parece ser más apropiada. Aunque estos últimos conceptos no hacen alusión a un estándar propiamente tal (no existe un “estándar de deferencia”), ellos enfatizan correctamente la ya señalada idea de que el escrutinio es una cuestión de grado. Lo importante es clarificar dónde, dentro de este *continuum*, se encuentra demarcada la frontera; es decir, lo relevante es encontrar cuál es el estándar de revisión, qué argumentos normativos sirven de base al estándar escogido y cuál es el test legal utilizado para determinar el cumplimiento con dicho estándar.

Estas cuestiones están en el corazón de una discusión más general acerca de la relación constitucional entre los poderes del Estado. Un estándar de revisión más amplio implica una mayor reducción de la autonomía de las agencias administrativas que puede llegar a ser inconsistente con la visión que las propias Cortes tienen de su rol dentro del orden fundamental.⁹ La visión ortodoxa indica que es el regulador, no el juez, quien debe determinar cómo debe ser resuelta la pregunta por el adecuado balance entre derechos privados y necesidades regulatorias colectivas. Un estándar amplio revierte tal visión. Por tanto, cualquier movimiento tendiente a un mayor “activismo judicial” y un enfoque más intrusivo siempre representará una concepción algo diferente de la separación de poderes y, en cuanto tal, debe estar fundada en sólidas razones aceptadas por la constitución.

Asimismo, subyacente al movimiento a través de la línea continua de la deferencia está una distinción que no ha sido satisfactoriamente enfatizada por la teoría legal y que dice relación con dos formas distintas de adoptar decisiones y el rol del derecho en ellas: la “implementación” y la “adjudicación”.

2.2.1. *Revisión de mérito versus revisión judicial.*

El debate respecto de la frontera en materia del estándar de revisión judicial es de larga data en el derecho comparado.¹⁰ Bajo el estándar de apelación o revisión de mérito, el revisor posee una amplia jurisdicción. Por tanto, puede tomar parte, por ejemplo, de una compleja discusión de cuestiones económicas y desafiar incluso las premisas de la acción del decisor primario. Lo que

⁹ En el caso de la evolución de la Corte Suprema en materia ambiental es decidora. El año 2002 en el caso Itata la Corte sostuvo que no podían los jueces sustituir a la autoridad administrativa en la determinación de los impactos futuros de un proyecto, porque para eso se encontraba el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El año 2005 en el caso Celco Valdivia, la Corte sostuvo que la determinación técnica de los incumplimientos de la Resolución de Calificación Ambiental pues ellos eran competencia de la autoridad técnica. El año 2010 la Corte se involucró en la determinación de los impactos técnicos de un proyecto por una eventual afectación de las comunidades en el caso Expo-Pork. El 2012 la Corte Suprema aplicó no deferencia en los casos Río Cuervo y Castilla II, al involucrarse directamente en la evaluación y sus consideraciones técnicas, actuando como un evaluador.

¹⁰ En el derecho inglés, véase Poole, Thomas (2009): ‘The Reformation of English Administrative Law’, *Cambridge Law Journal*, 68: 142; en el derecho norteamericano, Breyer, Stephen, Richard B. Steward, Cass R. Sunstein and Matthew L. Spitzer (2002): *Administrative Law and Regulatory Policy*. New York: Aspen Publishers, 5th ed.

hace el revisor, en la práctica, es revisar lo “correcto” o “incorrecto” de la decisión, esto es, si ella fue “bien” o “mal” adoptada.

A diferencia de la revisión de mérito, la revisión judicial sólo se preocupa fundamentalmente de la forma en que la decisión ha sido adoptada. La preocupación central no es la conclusión del proceso y su corrección, sino si el correcto procedimiento ha sido seguido. En el derecho inglés, por ejemplo, este tipo de revisión pregunta por la “legalidad”, “irracionalidad” e “impropiedad procedimental” de la actuación administrativa, de las cuales la segunda es la más relevante (y controversial). La irracionalidad implica evitar la discreción absoluta y desatada; esto es, en nuestro propio lenguaje jurídico, evitar las discriminaciones arbitrarias.

3. Las variables institucionales y el comportamiento del regulador.

La revisión *ex post* que realiza otro organismo tiene un impacto en estas decisiones *ex ante*. La razón es que, dependiendo de las específicas características institucionales del revisor, el decisor primario en ciertos casos puede -en buena medida- anticipar los posibles resultados de la revisión.¹¹

Para apreciar mejor esto, es necesario analizar cómo el decisor primario adopta sus decisiones y cuál es el contenido de ellas. Ante todo, la decisión está circunscrita por la legislación, lo que quiere decir que debe obedecer los principios y los deberes establecidos en el marco regulatorio (principalmente en la ley). Por ejemplo, supongamos que el decisor enfrenta opciones discretas (digamos, X_1 o X_2) y debe decidir entre ellas. Supongamos además que X_1 maximiza un determinado objetivo (por ejemplo...) y X_2 otro cualquiera diferente del anterior.¹² Ambas opciones representan el ámbito del derecho. Dentro de él, el contenido de ambas opciones puede variar, tanto en los hechos como en la política. Esto es, cada decisión X_1 y X_2 , independiente del objetivo que maximiza, contiene una sub-decisión dentro del espacio factual más una dirección que el decisor desea seguir para alcanzar el objetivo.¹³ En términos generales, el decisor tiene una libertad relativamente amplia para decidir tanto por una u otra opción como por el contenido de cada una de ellas. Esto por cuanto existen diversas fuentes en las cuales basar la decisión de derecho (diversos precedentes, diversos principios cuando estos no son explicitados en la legislación, etc.), diversas formas en las cuales la norma ha sido redactada (usando imperativos o dejando opciones abiertas) o distintas formas de categorizar el objetivo (como primario o secundario, dando especificaciones para llegar a él, etc.). Todos estos aspectos afectan la decisión

¹¹ En contra, Graham, Cosmo (2000): *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*. Oxford, UK and Portland Oregon: Hart Publishing, p. 75) (indicando que “es difícil predecir el resultado de un caso de revisión judicial”).

¹² Para estos efectos asumiremos que el decisor actúa respetando los límites exógenos establecidos por la legislación.

¹³ Cada una de las cuales colabora individualmente al proceso de maximización.

que el regulador hará respecto de la decisión de derecho (X_1 o X_2) y la o las sub-decisiones secundarias.

Veamos esto para el caso de un revisor especializado y uno generalista, comenzando por este último. Dado que un revisor no-especializado tendrá un incentivo a examinar sólo una parte de la decisión primaria (nuevamente: que el derecho cumpla con el objetivo que debe ser buscado de acuerdo al marco regulatorio), el resultado de la revisión aparece como relativamente claro: o el revisor confirmará la decisión si la opción maximiza el objetivo, o la revertirá si no lo hace. El decisor primario, anticipando este resultado, seguirá ciertas reglas (normalmente procedimentales) y utilizará algunos mecanismos (como guías u otros) para disminuir la probabilidad de que su decisión sea revertida. Por el contrario, el resultado no es claro cuando el revisor es especializado. Como este último no sólo analizará la decisión de derecho, sino también las sub-decisiones, el decisor primario no puede anticipar si aquél estará de acuerdo con el hecho que, siguiendo ciertos “pasos” el objetivo será maximizado. El motivo está en la naturaleza de la revisión. Mientras el examen del derecho (de una regla o principio regulatorio) es relativamente simple desde una perspectiva *ex ante*, el examen de los hechos y las políticas implica mucha más discreción. Por tanto, un revisor especializado puede llegar a la conclusión que los hechos, el derecho o la política, dos de ellos, o todos, no permiten maximizar el objetivo buscado. Lo anterior ha sido resumido por un autor de un modo bastante preciso: para los reguladores, esto refleja "una cruda ecuación: revisión de expertos por generalistas - amplio margen de apreciación; revisión de expertos por otros expertos (potencialmente incluso 'expertos más expertos') - estrecho margen".

El mayor peligro del *approach* deferencial es que puede llevar a un excesivo énfasis en aspectos formales de procedimiento. Por cierto, si esto es considerado por sí mismo podría no ser un peligro e incluso ser una ventaja del sistema. Sin embargo, la preferencia por el procedimiento puede bien ser llevada a cabo a expensas de los aspectos sustantivos (especialmente si ambos son substitutos). La deferencia excesiva bien puede invitar al regulador a no proveer de razones para sus decisiones, sino simplemente a *indicarlas* para prevenir recursos en su contra. Asumiendo que tampoco existe un deber, no existe un incentivo a explicar la decisión de manera detallada ni a proveer de criterio claros. La deferencia implica, para el regulador, que mientras más robusto sea su procedimiento para llegar a la decisión, más segura será su posición frente el órgano revisor, sin considerar los aspectos sustantivos.¹⁴

4. El modelo institucional en materia de libre competencia y medio ambiente.

¹⁴ A su vez, el énfasis en procedimiento bien puede llevar a ineficientes demoras.

Esta sección muestra cómo el análisis antes presentado ha sido aplicado en dos áreas del derecho chileno: la libre competencia y la regulación medioambiental.

4.1. Libre competencia y medio ambiente: una descripción estilizada

Como se sabe, la denominada moderna regulación ambiental es consecuencia del contexto de la discusión mundial durante la década de los 60 promovida por activistas ambientales que advertían sobre los efectos de los pesticidas en el ambiente y las personas¹⁵, así como las consecuencias del denominado neomaltusianismo¹⁶ y la preocupación del denominado Club de Roma¹⁷, acompañado de una serie de desastres ambientales que evidenciaron el riesgo de determinadas actividades.

Esto dio origen a una primera iniciativa de regulaciones ambientales en el mundo, acompañada de agencias administrativas responsables de la gestión ambiental. A partir de entonces, en muchos países, se crearon agencias administrativas o Ministerios responsables en materia ambiental, pero en buena parte estructurada sobre las competencias tradicionales que sostenían los Ministerios de Salud y los de Agricultura, pues los primeros concentraban competencias en materia de salud humana y los segundos en recursos naturales asociados a la actividad agrícola.

Durante ese proceso de diseño y estructuración los modelos regulatorios fueron cambiando en el tiempo, sin sustituirse unos a otros, sino que agregando objetivos y propósitos para abordar adecuadamente los conflictos ambientales.

En el caso chileno esa evolución no fue distinta. Se construyó sobre las estructuras que le sirvieron de base: la sanitaria y agrícola¹⁸, que permitió diseñar un modelo normativo de coordinación

¹⁵ Rachel Carson's *Silent Spring* (Houghton Mifflin, 1962).

¹⁶ Paul Ehrlich's *The Population Bomb* (Ballantine Books, NY 1968).

¹⁷ Se debe recordar que en 1972 Naciones Unidas realizó la conferencia de Estocolmo sobre el ambiente humano, constituyéndose en la primera reunión mundial sobre los temas ambientales. La influencia neomalthusiana veía la dimensión ambiental como una cuestión crítica, dando origen al texto del Club de Roma, denominado "Los Límites del Crecimiento".

¹⁸ Así por ejemplo, en 1973 se estableció el primer programa de acción para el medio ambiente de la Comisión Europea; en Francia, en 1971, se creó el Ministerio de Protección de la Naturaleza y el Medio Ambiente y en 1976 se dictaron las leyes sobre Protección de la Naturaleza e Instalaciones Clasificadas; en Alemania, en 1974, se estableció la Agencia Federal del Medio Ambiente; y, en el Reino Unido, la Ley sobre Control de Contaminación data de 1974. En Argentina, se creó a nivel nacional, la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano en 1972, y 14 de sus 24 provincias incorporaron la protección ambiental en sus Constituciones Políticas, dictando, además, leyes generales de medio ambiente destinadas a regir en sus respectivos territorios; en Colombia se dictó la Ley N°23 de 1973 por medio de la cual el Congreso Colombiano delegó facultades extraordinarias al Presidente para expedir el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, el que fue finalmente publicado bajo el Decreto N°2.811 de 1974, y derivó en la dictación de una diversa normativa complementaria de conservación ambiental y en la configuración, en 1976, del Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente como la entidad central de la nueva institucionalidad ambiental de dicho país; en Venezuela, finalmente, se dictó la Ley Orgánica del Ambiente el 16 de junio de 1976, con la consecuente creación del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables en diciembre del mismo año.

desde 1994 sobre la base de los denominados “instrumentos de gestión ambiental”¹⁹, dependientes esencialmente de una Administración de coordinación y que tras la dictación de la Ley Nº 20.417, de reforma a la institucionalidad ambiental, ha consolidado ese modelo de gestión de instrumentos pero a cargo de entidades públicas diferenciadas: el Ministerio de Medio Ambiente a cargo de las políticas y la regulación ambiental; el Servicio de Evaluación Ambiental, a cargo de la gestión “permisológica” y la Superintendencia del Medio Ambiente, a cargo del sistema de fiscalización integrado de instrumentos de gestión ambiental²⁰.

Así las cosas, la regulación ambiental en nuestro país se ha caracterizado: (a) por su regulación legal fragmentada, dado que los instrumentos legales habitualmente utilizados respondieron a propósitos normativos distintos a los ambientales, como sucede en materia sanitaria y de protección agrícola; (b) por su baja densidad legal, porque el legislador establece reglas de criterios o de fines para que la Administración adopte sus decisiones; (c) por su intensa regulación administrativa, porque es la Administración la que se debe encargar de definir desde los estándares de calidad ambiental (criterio de política), hasta la autorización concreta de un proyecto o actividad (criterios de gestión); (d) el efecto de lo anterior es una amplitud del ejercicio de potestades discrecionales expresamente entregadas por el Congreso a las autoridades ambientales, de modo que genera el ejercicio natural de márgenes de apreciación frente al cual se exigirá control; (e) en consecuencia, una participación progresiva de instituciones de control para enfrentar dicha discrecionalidad no sólo por parte de los jueces, lo que ha ampliado el rol de la Contraloría General de la República como institución “adjudicadora” de casos ambientales; (f) una regulación denominada de infraestructura, es decir, en donde el legislador ha adoptado normas de creación institucional y de reglas de procedimiento para adoptar reglas ambientales en vía administrativas, pero sin definir regulaciones sustantivas en materia de uso de recursos naturales, por ejemplo, y (g) por último, reglas progresivas de participación de los interesados en la regulación y conflictos ambientales, los que ha implicado una cierta demanda de “horizontalización” de las decisiones públicas. Es este contexto sustantivo y de diseño, los que sirven para explicar el aparente activismo de la Corte Suprema estos últimos años.

A diferencia de la legislación medioambiental, la normativa de libre competencia es unificada, no fragmentada – al menos en lo que se refiere al *derecho* como algo distinto de las *políticas* de libre competencia. Asimismo, la densidad legal es baja, pues fundamentalmente la descripción de las conductas en la legislación se remite a un artículo central dentro de un solo cuerpo normativo. Más aún, esa descripción se realiza de forma abierta, sobre la base de estándares y no de reglas específicas, de modo que el espacio de discrecionalidad es amplio y debe ser llenado por la jurisprudencia. Esta no es, por cierto, una característica única en Chile: en todas las demás jurisdicciones que poseen ordenamientos jurídicos protectores de la competencia el contenido

¹⁹ Esta fue la Ley Nº 19.300 y sus instrumentos fueron el SEIA, normas de calidad, normas de emisión, planes de prevención y planes de descontaminación.

²⁰ Ver artículo 2º Ley Nº 20.417.

sustancial del derecho es esencialmente casuístico. Y ese contenido sustancial ha alcanzado grandes niveles de consenso mundial en muchos aspectos.

Desde un punto de vista sustancial, entonces, el tipo y características de las conductas y actos en una y otra rama del derecho comparten ciertas características importantes. En particular, tanto los actos administrativos ambientales como las conductas relacionadas con la libre competencia son limitadamente reglados, con abundantes conceptos jurídicos indeterminados y que requieren un ejercicio de potestades discrecionales que, en muchas ocasiones (quizás la mayoría), está asociado a una técnica especializada. Como veremos a continuación, esto explica que la existencia de una demanda por un diseño institucional que incorpore una jurisdicción que tenga ese mismo carácter.

4.2. *La toma de decisiones en primera instancia.*

Como hemos mencionado, tanto en materia de competencia como medioambiental el derecho chileno consagra un modelo de dos instituciones, una agencia (la FNE y la SMA, respectivamente) y un tribunal especializado (el TDLC y los TMA, respectivamente). Sus características generales son relativamente similares. Por una parte, en ambos casos la agencia es el órgano fiscalizador y persecutor. Por otra, en ambos casos su competencia es transversal a todos los mercados; en esto se diferencian de otros organismos administrativos sectoriales, como la Subsecretaría de Telecomunicaciones o las Superintendencias de Electricidad y Combustibles y de Servicios Sanitarios, que tienen a su cargo la fiscalización de sectores específicos. Ambas agencias tienen asignado, además, un rol de promotor de sus respectiva materias.

El propósito de la reforma que creó la institucionalidad Medio Ambiental buscó desintegrar verticalmente las competencias, separando regulación (en manos del Ministerio de Medio Ambiente), gestión (a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental) y fiscalización (encargada a la SMA).

Existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre ambas estructuras institucionales, en lo que dice relación con la adjudicación y la consecuente imposición de sanciones. Mientras la SMA tiene la facultad de adjudicar, la FNE carece de ella, siendo un organismo netamente acusador. El rol del respectivo tribunal, por tanto, también difiere. Los TMA son esencialmente órganos *revisores* de la actuación administrativa, similar al rol que los propios tribunales ordinarios de justicia ejercen en otras áreas del derecho en relación a las actuaciones de, por ejemplo, otras superintendencias. En materia de competencia, en cambio, es el TDLC quien posee la potestad de adjudicar y la facultad sancionatoria, de modo que su rol no es el de un ente revisor, sino que parece encontrarse “a medio camino” entre un órgano judicial y uno administrativo.

Esto refleja dos modelos diversos de distribución de poderes entre organismos estatales. Institucionalmente, el modelo de la SMA es un modelo tradicional de derecho administrativo, salvo por el hecho que el TMA es un órgano especializado. El modelo de libre competencia, en cambio, responde a una forma de poder distribuido poco usual en el mundo.

4.3. La revisión de las decisiones por la Corte Suprema.

4.3.1. El régimen de recursos

El sistema de escrutinio de las decisiones adoptadas por el TDLC es amplio y ambiguo – al menos si sólo se considera el texto legal. De acuerdo al artículo 27° del DL 211, las decisiones son revisadas por la Corte Suprema a través del llamado recurso de revisión. El ámbito de este recurso no es definido en la ley, lo que en la práctica ha conferido un amplio margen para la determinación judicial. Aunque cuantitativamente muchas de las decisiones del TDLC han sido reafirmadas por la Corte, un análisis más profundo muestra que quizás esto es una muestra débil de la realidad. En realidad, la Corte ha interpretado el recurso en los términos más amplios posibles, incluyendo la revisión de cuestiones de derecho, de política y de hechos; más aún, en ocasiones ha incluso sustituido el razonamiento del TDLC por el suyo propio.²¹ De este modo, la no-deferencia impera en el análisis, lo que vuelve al recurso de reclamación en una herramienta procesal extremadamente abierta.²²

Esto implica que, en la práctica, el recurso ha funcionado casi como una verdadera apelación. Quizás por esta razón (que incentiva a las partes a hacer uso del recurso), pero también porque el TDLC a emitido más decisiones relevantes que sus predecesores, la participación de la Corte Suprema en el litigio de competencia se ha incrementado desde la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad en el año 2004.

El problema se ve aumentado porque, tradicionalmente, el enfoque adoptado por la Corte en materia de libre competencia no ha estado dominado por consideraciones de eficiencia, sino de justicia redistributiva. De hecho, la Corte ha sostenido que la sanción debe estar inspirada en el principio de culpabilidad²³; y que la conducta debe ser “reprochable”, esto es, “un acto voluntario de naturaleza ilegal debido a su desacuerdo con las normas establecidas en la ley para la

²¹ El caso más relevante es *James Hardie* (2003), donde la corte sostuvo un enfoque textualista del artículo 3° letra c) del DL 211 (véase Corte Suprema, *Producción Química y Electrónica Quimel S.A. contra James Hardie Fibrocementos Limitada*, Rol 3449-2006, sentencia del 29 de noviembre de 2002).

²² Comentando acerca de la naturaleza de la *reclamación*, la Corte ha señalado que tiene una plena jurisdicción que le permite revisar todos los aspectos considerados por el TDLC, “incluyendo el análisis económico y legal que le permitió alcanzar la su decisión” (Corte Suprema, *Consulta de Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, Rol 4797-2008, sentencia del 27 de enero de 2009, C. 6º).

²³ Corte Suprema, *FNE y Banco de Chile con Falabella y otros*, Rol 2339-2008, sentencia del 13 de agosto del 2008, C. 17º.

protección de la libertad que debe existir para competir en los mercados”.²⁴ Asimismo, el principio de proporcionalidad también ha jugado un rol muy relevante en la jurisprudencia de la Corte en esta materia.²⁵ Con todo, hay signos positivos de un avance hacia una visión más económica, donde la Corte acepta una visión más consecuencialista basado en la disuasión y la eficiencia.²⁶

Por razones diversas, la Corte también ha actuado con ausencia de deferencia en materia medioambiental en los últimos años. En este caso, esto se ha debido no al carácter abierto de los recursos medio ambientales, sino a la forma cómo se ha tratado el recurso de protección. En la práctica, la Corte Suprema ha comenzado a utilizar este recurso como una acción de nulidad ordinaria de actos administrativos; esto es, un verdadero contencioso sin forma de juicio. La razón es atendible: no existe en nuestra legislación otro medio que pueda ser utilizado con la misma finalidad, dadas las consabidas restricciones de la justicia administrativa (la falta de un contencioso administrativo). Sin embargo, ello genera importantes distorsiones en el sistema.

En efecto, el uso amplio del recurso de protección genera riesgos institucionales en materia de revisión y perversos incentivos proveídos para las partes por el sistema. Primero, existe un alto riesgo a que se produzca lo que la literatura especializada denomina informalmente “*fórum shopping*”: el uso del ámbito procesal que aparezca como más conveniente a los intereses de quien lo utiliza. Así, la no-deferencia con que la Corte ha actuado en materia de recursos de protección puede proveer incentivos a quienes tienen incentivos a utilizar esta acción como un medio de negociación de un proyecto sujeto a evaluación, dado el bajo costo que implica para el litigante su interposición (los requisitos son flexibles y amplios). El desarrollador, en cambio, que desea obtener una suerte de “certificación” de que cada uno de los trámites y etapas del procedimiento administrativo se han cumplido fielmente y con apego a la legalidad, probablemente optará por la vía de los TMA, caso en el cual es altamente probable que el conflicto de todas formas termine siendo resuelto por la Corte Suprema.

El segundo riesgo es que, dada la no deferencia adoptada por la Corte, el mismo estándar amplio usado en materia de vulneración de derechos fundamentales sea utilizado en la revisión de las actuaciones de los TMA, aun cuando el legislador haya optado por intentar acotar esta última. Resulta al menos plausible considerar que más allá de las diferencias entre la diversa naturaleza de los recursos, ellos serán eventualmente considerados bajo un prisma similar.

Tercero, dado el carácter de generalista de la Corte, existe el peligro de que se comentan muchos errores en las decisiones, sino considera los presupuestos sobre los cuales debiera recaer un

²⁴ Corte Suprema, *Voissnet con Empresa de Telecomunicaciones de Chile S.A.*, Rol 6236-2006, sentencia del 4 de julio de 2007, C. 29º.

²⁵ Corte Suprema, *Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y Otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.*, Rol 8077-2009, sentencia del 7 de julio de 2010, C. 17º.

²⁶ E.g., Corte Suprema, *FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.*, Rol 277-2010, sentencia del 2 de junio de 2010, C. 22º (indicando que la multa debe imponer [al defendido] costos mayores al beneficio esperado por haber impuesto barreras artificiales de entrada al mercado).

clásico modelo de revisión judicial de agencias técnicas, es decir, las reglas legales que habilitan a la decisión, la justificación de la misma respaldada en un expediente sujeto a escrutinio judicial y la razonabilidad o no arbitrariedad de la medida. Cuando el juez generalista, utiliza alguna de estas herramientas e ingresa a la determinación de los hechos técnicos sujetos a revisión las consecuencias son negativas.

La pregunta es por qué la Corte Suprema actúa con falta de deferencia, considerando su naturaleza de organismo no especializado. Al menos en teoría, esta característica debiera inhibirla de revisar a fondo las decisiones de los organismos inferiores especializados.²⁷ Existen plausibles fundamentos para estimar que la razón radica en el hecho que la Corte “desconfía” de los organismos especializados. En materia medio ambiental, ha indicado expresamente, refiriéndose al Tribunal Ambiental que un modelo de esas características no son más que órganos administrativo y bajo ningún evento órganos jurisdiccionales²⁸, para poder indicar que estos carecen de la independencia suficiente para resolver estos asuntos. De modo similar, en materia de libre competencia los fallos parecen indicar una cierta aprensión ante los aparentes “excesos” del uso del análisis económico (en lugar de los tradicionales silogismos legales). Así, la Corte parece confundir la necesidad de reforzar su control jerárquico sobre los tribunales especializados con una supuesta demanda por una revisión más intrusiva. Esto es, a nuestro juicio, un error. Una menor deferencia no implica una menor vigilancia ni una disminución de la capacidad de controlar los eventuales comportamientos abiertamente transgresores de estos tribunales.

En efecto, existen una serie de mecanismos insertos en nuestro diseño institucional y otros sustantivos que aseguran que los tribunales especializados permanezcan adecuadamente restringidos, incluso si la Corte actúa de una forma más deferente. Entre ellos está, por ejemplo, el respecto al principio de proporcionalidad.

5. El problema que subyace en la deferencia.

En el debate planteado hasta se encuentra en permanente tensión la discusión sobre deferencia. Desde el punto del diseño institucional, el presupuesto constitucional de esa discusión es relevante.

Si juzgar y administrar son dos funciones constitucionalmente diversas, de manera que mientras a las agencias administrativas dirigidas por el Presidente de la República les corresponde implementar las políticas públicas definidas por el Congreso transformándose en promotores institucionales –deben lograr el máximo bienestar posible con las competencias y recursos

²⁷ De hecho, esto es lo que ocurre en otras materias, como la regulación eléctrica. En materia sancionatoria, es común que la Corte actúe deferentemente con la SEC y confirme sus asertos.

²⁸ Segundo informe de la Corte Suprema en el proyecto de ley que creaba los Tribunales Ambientales (Rol Nº 6747-2012),

disponibles- , los jueces son esencialmente frenos institucionales, porque a ellos corresponde la protección de los derechos de los afectados actual o potencialmente por esos organismos y el control la legalidad de sus actuaciones.

La pregunta que a continuación surge es, ¿bajo que condiciones deben convivir en un sistema constitucional competencias delimitadas de ese modo? .

No cabe ninguna duda, como se ha explicado hasta acá, que los jueces disponen de controles plenos de revisión de la legalidad de la intervención de los organismos administrativos, considerando incluso el escrutinio de los hechos sobre los cuales se basan esas decisiones, sencillamente porque esos hechos habitualmente condicionan el ejercicio de las potestades. Como tampoco cabe ninguna duda que control amplio, se extiende a evitar medidas arbitrarias, en tanto no justificadas legítimamente especialmente en el caso de las potestades discrecionales.

Parte del problema surge porque el Congreso cuando establece los marcos regulatorios, habitualmente encomienda a organismos administrativos a los cuales el propio sistema legal les reconoce experiencia, la implementación y la decisión de elementos relevantes de esa política pública. En otros términos, los marcos regulatorios sólo se completan con la intervención de esas agencias administrativas expertas.

Pero en el sistema constitucional los jueces también son expertos especialmente en la manera de entender las reglas de procedimientos, derechos individuales e interpretar las reglas de la Constitución. En otros términos, mientras los organismos administrativos pueden ser expertos en la técnica y en la decisión de política pública concreta, los jueces son los expertos en la aplicación del Derecho.

¿De qué depende entonces que los jueces puedan ser o no deferentes con la decisión técnica de un organismo, atendida las razones de autoridad y capacidad a la cual me he referido con anterioridad?

Una respuesta posible está en la manera que deben conocer de los hechos. En efecto, un organismo administrativo tiene experiencia en los hechos que explican sus intervenciones técnicas y las definiciones de políticas públicas, de conformidad a los mandatos o misiones concretas establecidos por la ley a ese organismo²⁹, pero esto se da en un contexto denominado “visión túnel”, con lo que se quiere señalar que lo único importante para ese organismo es su misión de política pública, sacrificando la integridad de la intervención estatal.

De este modo, cuando el Congreso le entrega expresamente a la autoridad administrativa la competencia para evaluar hechos, interpretar reglas técnicas, adoptar medidas de política pública,

²⁹ Vid. Stephen Breyer, *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, (Alfred Knopf, NY 2010), Capítulo 9.

entonces hay una decisión consiente que esas son competencias que le corresponde al organismo administrativo y no a los jueces. Es lo que sucederá por ejemplo, en la adopción de una norma de calidad ambiental o en la identificación de los impactos concretos de un proyecto sometido al SEIA³⁰.

La deferencia consiste única y exclusivamente, en la manera en que los jueces se aproximan a la decisión de un caso. No es la inmunidad del control judicial de un determinado asunto. Sólo trata de decir, que ahí en donde por una cuestión de conocimiento comparativo debe adoptar una decisión técnica el organismo respecto, entonces el juez no puede sustituir esa decisión pura y simplemente. Esta cuestión es especialmente sensible cuando se ejerce el contencioso de nulidad sobre actos sometidos a la discrecionalidad técnica de la autoridad.

Esa deferencia no existe, cuando el protagonista del conocimiento de los hechos es el juez y eso sucederá por ejemplo en los casos de contenciosos de plena jurisdicción, cuando el juez deba determinar, en base a un procedimiento jurisdiccional sujeto a contradicción, si una determinada decisión estatal es o no constitutiva de indemnización. En ese caso, el juez es protagonista para determinación del título de imputación y el monto indemnizable, no para la adopción de una decisión de política pública. Ahí entonces, el juez no tiene razones para actuar con deferencia.

El problema que subyace en nuestro actual modelo, es que los límites no están claros. Para remediar esto, concluimos este trabajo planteando algunas alternativas generales.

5. Alternativas.

En nuestra opinión, la solución más eficaz sería cambiar la estructura de los tribunales especializados, incorporando a un miembro de la Corte Suprema o de la Corte de Apelaciones. Este fue el modelo usado en materia de libre competencia bajo las antigua Comisión Resolutiva y funcionó de manera relativamente correcta. El problema central con esta solución dice relación con la “cultura” jurídica chilena: en ella, los jueces no son necesariamente deferentes con sus pares; salas distintas dan soluciones contradictorias, dado el escaso rol del precedente; y existe poca aplicación del principio de igualdad en las sentencias. Por esto, es altamente probable que la solución fracase.

Si ello ocurre, aún es posible acotar legalmente el ámbito de los recursos. Esto tiene un precedente en la modificación del año 2009 en materia de libre competencia, cuando se trató de cambiar la reclamación por apelación o nulidad. Sin embargo, las posibilidades son inciertas y, además, no se soluciona el problema de la jurisdicción constitucional paralela. En ausencia de cambio legal, la única solución posible es que la Corte Suprema adopte un enfoque más deferencial. Sin embargo, dados los últimos precedentes (particularmente en materia medioambiental), esto parece una cuestión lejana.

³⁰ Esta fue por ejemplo la tesis de la Corte Suprema el año 2002 en el caso Itata y el 2005 en el caso Celco Valdivia.