

EL CRITERIO DE APROBACIÓN "EFICACIA" DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO COMO
ARTICULADOR DE LA DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE Y LA
REVISIÓN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

The "efficacy" approval criterion of the compliance program as an articulator
of the decision of the Superintendency of the Environment and the review of
the Environmental Courts

ANGELO FARRÁN MARTÍNEZ*
Universidad de Chile

Resumen

El presente trabajo ofrece una explicación de la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente que aprueba o rechaza un programa de cumplimiento, centrada en el análisis del criterio de aprobación de eficacia.

Para ello, anclaremos la configuración normativa y los criterios de aprobación de este instrumento en la tipología explicativa de la norma de conducta y norma de control. Esta tipología nos permitirá mostrar la racionalidad que guardan las decisiones de la Superintendencia y su posterior revisión, con el diseño regulatorio ambiental.

Para ilustrar este punto, examinaremos el estándar para abordar los efectos ambientales de una infracción por medio de un programa de cumplimiento establecido por la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, rol R-104-2016, de 24 de febrero de 2017 ("caso Minera Florida"), y jurisprudencia posterior. Se concluye que el control judicial del criterio de aprobación eficacia puede estresar la coherencia del sistema regulatorio.

Palabras clave

Discrecionalidad administrativa, programa de cumplimiento, criterios de aprobación.

Abstract

This paper explains the resolution of the Superintendency of the Environment that approves or rejects a compliance program, focusing on the analysis of the efficacy approval criterion.

For this purpose, we will locate the normative configuration and the criteria of approval of this instrument in the explanatory typology of the norm of conduct and norm of control. This typology will allow us to show the rationality of the Superintendence's decisions and their subsequent review, with the environmental regulatory design.

To illustrate this point, we will examine the standard to address the environmental effects of an infringement by the means of a compliance program which was established by the judgment of the Second Environmental Court, ID R-104-2016 on February 24th, 2017 ("Minera Florida case") and subsequent jurisprudence, which concludes that the judicial control of the effectiveness criterion of approval may stress the coherence of the regulatory system.

Key words

Environmental compliance program, approval criteria.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, abogado, candidato a magíster en Derecho, mención Derecho Público, U. de Chile (2021), Santiago, Chile, casilla electrónica: anfarranm@gmail.com.

1. Derecho administrativo desde la metodología de la “dirección”

Desde la perspectiva de la dirección, las instituciones jurídicas corresponden a un instrumento para la consecución de propósitos de interés público¹. En base a este enfoque, la programación normativa constituye una herramienta destinada no sólo a limitar y controlar el poder público, sino que orientada también a dirigir la consecución de objetivos sociales.

El derecho, bajo esta metodología forma un entramado institucional cuya misión es que las decisiones encomendadas a la administración sean correctas; esto es, que sean fruto de una interacción virtuosa entre legalidad, optimización, aceptabilidad y viabilidad, con el objeto de arribar a la mejor opción disponible². Así, el derecho administrativo corresponde a un conjunto de dispositivos institucionales encargados de racionalizar la acción administrativa junto con garantizar su eficacia³.

Su objetivo, entonces, es establecer lineamientos para el mejor cumplimiento de los intereses colectivos⁴. Por ende, se postula que los diseños institucionales deben estar al servicio de crear condiciones de eficacia normativa, por lo que las herramientas jurídicas cobran relevancia desde su capacidad para hacer cumplir o generar *enforcement* de los mandatos contenidos en las normas jurídicas, al punto que el derecho administrativo se alza como una batería de mecanismos que permiten a la organización pública dar cumplimiento a las exigencias legales que pesan sobre los regulados⁵.

Las decisiones administrativas, en consecuencia, deben ir precedidas de instrumentos de análisis que propicien la calidad de su aplicación. Por ello, adquiere un rol fundamental para la teoría de la decisión jurídica el nivel de conocimiento aprovechable antes que se verifique la intervención administrativa⁶. Dado que, cuanto mayor información se disponga respecto de las consecuencias aparejadas a la medida, su sustento técnico, el comportamiento de los sujetos regulados y componentes afectados, entre otros factores, se podrá arribar a resultados que superen una determinada calidad regulatoria.

Conforme a la literatura del derecho administrativo, la forma de encauzar esta racionalidad es el procedimiento administrativo, cuya promesa además de cautelar garantías y libertades públicas, es potenciar la articulación de intereses muchas veces contrapuestos, en asuntos cuya dificultad técnica incentiva la inercia de la gestión pública⁷.

Desde luego, esto supone una aproximación contextual a los diversos sectores de referencia que integran la globalidad del sistema administrativo. En parte, este problema ha sido abordado desde la perspectiva de la regulación *responsiva* o *receptiva*, que por medio de los principios propios del diseño institucional pretende sensibilizar la función pública a diferentes realidades⁸.

En este contexto, la dogmática jurídica se concibe como una labor de apertura hacia los hechos o impactos sociales sobre los que debe aplicarse⁹. De este modo, los conceptos jurídicos requieren del diálogo interdisciplinario que permitan graduar y designar nuevas realidades, más allá de la teoría clásica del control¹⁰.

¹ SCHMIDT-ASSMANN (2003), pp. 27-36.

² BARNÉS (2003), p. 19.

³ MEDINA (2016), p. 237.

⁴ PAREJO (2006), p. 182.

⁵ VELASCO (2014), p. 103.

⁶ SPIECKER (2015), pp. 47-48.

⁷ WHAL (2013), p. 115; BARNÉS (2006), p. 283; HUNTER (2018), p. 139.

⁸ MONTT (2010), p. 10.

⁹ ROJAS (2019), p. 63.

¹⁰ DÍEZ (2018), p. 96.

A partir de esta introducción, revisaremos la metodología de decisión administrativa del sector ambiental. En particular, la recaída en la aprobación o rechazo del programa de cumplimiento por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “Superintendencia” o “SMA”). Para ello, identificaremos la regulación de los criterios de aprobación de este instrumento, deteniéndonos en el de eficacia por su centralidad.

2. Reconstrucción normativa de metodología administrativa de aprobación de un programa de cumplimiento: norma de conducta

Con la expresión norma de conducta se pretende dar cuenta de un modelo de ejecución de las normas centrado en la Administración. En particular, cómo la SMA identifica e interpreta la norma aplicable respecto de la aprobación de un programa, subsume los hechos de caso bajo esta regulación, y luego decide el asunto ponderando las particularidades del asunto.

José María Rodríguez de Santiago señala que la norma de conducta es el “*programa normativo ya completado con todos los criterios adicionales necesarios y oportunos para que se pueda subsumir el relato fáctico de forma que queda justificada la decisión*”¹¹. Esta norma, entonces, equivale al texto de la regla, más los criterios de legalidad y oportunidad que permiten a la administración –en nuestro caso, la SMA– adjudicarla de forma óptima al supuesto de hecho del asunto.

2.1. Regulación ambiental: programa de cumplimiento en contexto

Existen algunas características de la regulación del programa de cumplimiento sintomáticas del derecho ambiental. En primer lugar, la regulación jurídica de los instrumentos propios del sector ambiental se caracteriza por una programación normativa que no se agota en normas de rango legal. Por el contrario, debido a las complejidades asociadas a las decisiones ambientales, su gestión requiere de un encadenamiento dinámico entre ley, reglamento y norma administrativa¹²; y los aspectos técnicos y científicos involucrados en la decisión.

En segundo término, es común identificar habilitaciones legales amplias para la concreción de mandatos normativos¹³, de tal modo que los textos ambientales utilizan con habitualidad reglas finalistas, reenvío a criterios técnicos, conceptos jurídicos indeterminados, e incluso es común que las normas de estructura condicional descansen en considerables espacios de interpretación administrativa.

Las dos características recién enunciadas, guardan coherencia con el agotamiento de las técnicas de intervención administrativa propias de la policía general¹⁴. Dado que el principal objeto a tratar por el derecho ambiental es la regulación, gestión y responsabilidad del riesgo ambiental¹⁵, las atribuciones de la administración deben orientarse por indicadores de riesgo¹⁶, así como disponer de los mecanismos necesarios para su neutralización y control.

A estas tendencias compartidas con la legislación comparada, en el caso chileno corresponde sumar características propias de su diseño, tal como el carácter fragmentario de la regulación ambiental, la cual está basada en una definición de acto administrativo ambiental con contornos imprecisos y, vinculada a distintos instrumentos de gestión¹⁷.

En este panorama, interactúan principalmente el Servicio de Evaluación Ambiental, responsable de la gestión ambiental y principalmente, de la administración del régimen autorizador; una Superintendencia a la que se le reservan las labores de fiscalización, regulación, sanción y cumplimiento; y tribunales especializados encargados, entre otras

¹¹ RODRÍGUEZ (2016), p. 25.

¹² WHAL (2013), p. 107.

¹³ SCHMIDT-ASSMANN (2003), p. 137.

¹⁴ ROJAS (2018), p. 85.

¹⁵ SUNSTEIN (2006), pp. 146-149; WHAL (2013), pp. 113-119.

¹⁶ OCDE (2016), p. 23.

¹⁷ CORDERO Y TAPIA (2015), pp. 51-52.

materias, de la revisión judicial de determinados actos administrativos ambientales. Completa el esquema, el Ministerio del Medio Ambiente cuya misión es el impulso de las políticas y planes ambientales, así como de la elaboración normativa previa aprobación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad.

Este modelo responde a la reforma a la institucionalidad ambiental implementada el año 2010 por medio de la Ley 20.417 orgánica de la Superintendencia (en adelante “LO-SMA”)¹⁸, que corresponde a un hito en materia de diseño institucional chileno, por su proximidad a estándares óptimos de desempeño¹⁹. El modelo, tuvo dentro de sus principales objetos racionalizar las competencias ambientales involucradas y mejorar el sistema de fiscalización. Tanto la coordinación como la fiscalización se centralizaron en torno a los instrumentos de gestión ambiental²⁰.

Para alcanzar este fin, se posicionó a una nueva Superintendencia como la encargada primaria de la gestión y fiscalización de su cumplimiento²¹, lo que explica en gran medida la creación de su contrapeso institucional, a saber, los Tribunales Ambientales²².

Esta reforma puede ser interpretada como una forma de implementar una lógica de cumplimiento ambiental, a modo de complemento de la dimensión sancionatoria²³. Ello, con independencia que el repertorio de los instrumentos regulatorios contemplados en la LO-SMA hayan requerido de la práctica de la Superintendencia para su implementación y legitimación²⁴.

Así, tanto o más importante que la respuesta represiva, es la verificación del cumplimiento normativo, por razones económicas y ambientales. Las primeras, debido al costo asociado al despliegue de burocracias que deben alcanzar decisiones que resistan un escrutinio judicial especializado²⁵ y, las segundas, asociadas a la prevención propia de la política pública ambiental.

Con esta idea, se pretende expresar que dos problemas clave tras la reforma (fiscalización y coordinación) descansaban en un diagnóstico de cierto déficit regulatorio: desperfectos de la organización encargada de hacer eficaces normas ambientales²⁶.

Para ello, la LO-SMA equipó a la SMA con una serie de instrumentos coadyuvantes de la fiscalización²⁷, los que ayudan a obtener el cumplimiento tanto de normas como de medidas contempladas en instrumentos de gestión, de manera acoplada a la respuesta represiva. Entonces, ante un hecho constitutivo de infracción, la LO-SMA establece la posibilidad de aplicar determinados instrumentos de incentivo al cumplimiento²⁸, los cuales precisamente tienen por objetivo promover la efectiva ejecución de exigencias ambientales.

¹⁸ La institucionalidad ambiental referenciada, se completó normativamente por medio de la Ley N° 20.600, de 2012.

¹⁹ MARMOLEJO (2019), p. 147.

²⁰ CORDERO (2010), p. 64.

²¹ La fiscalización ambiental puede ser directa, indirecta (vía fiscalización de los servicios públicos subprogramados y privada (por medio de la contratación de terceros debidamente certificados). La competencia general está contemplada en el artículo 2 del artículo Segundo de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y La Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, 26 de enero de 2010.

²² CORDERO Y GARCÍA (2012), p. 430.

²³ En este sentido, el Mensaje 352-356 del proyecto que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, señala que “El éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo” (p. 14, Boletín 5947-12). El énfasis es nuestro. Esta iniciativa se convirtió en Ley N° 20.417, de 2010.

²⁴ HERVÉ Y PLUMER (2019), p. 21.

²⁵ GUILLOF (2019), p. 128.

²⁶ Así, a propósito de la necesidad de crear a la Superintendencia del Medio Ambiente en el marco de la tramitación legislativa del Mensaje N° 37-354, de 5 de abril de 2006, que inicia un Proyecto de Ley que crea el cargo de Presidente de la Comisión Nacional del Medio Ambiente y le confiere rango de Ministro de Estado, se sostuvo que “Uno de los aspectos más críticos de nuestro Sistema Normativo Ambiental es el seguimiento público y privado de las obligaciones ambientales, que requiere necesariamente de una adecuada institucionalidad. En efecto, la actual superposición de competencias, la ineficiencia en la utilización de recursos humanos y materiales y el modelo coordinador no han brindado resultados suficientes para garantizar efectivamente el cumplimiento de la legislación ambiental”, en ASTORGA (2006), p. 354.

²⁷ BERMÚDEZ (2014), p. 460.

²⁸ La expresión “instrumentos de incentivo al cumplimiento” es introducida por el Título II del Reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación, Decreto Supremo N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación. Diario Oficial, 11 de febrero de 2013. Por su parte, el Título III de la Ley N° 20.417, de 2010, regula a los programas de cumplimiento en su Título III, referido a las infracciones y sanciones.

Uno de los principales instrumentos es el programa de cumplimiento, que en la práctica se ha transformado en el principal mecanismo de incentivo al cumplimiento con que cuenta la Superintendencia²⁹. Este instrumento corresponde a un *“plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”* (artículo 2 letra g) del Reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación, en adelante *“Reglamento”*³⁰).

La Superintendencia certificará el cumplimiento satisfactorio del instrumento una vez que el regulado de un cumplimiento íntegro, oportuno y eficaz de las medidas y acciones (letra c) del artículo 2 del Reglamento), lo que liberará al regulado de responsabilidad administrativa y concluirá el procedimiento sancionatorio de modo extraordinario.

En suma, podemos señalar que el programa de cumplimiento corresponde a un instrumento de promoción al cumplimiento normativo, implementado en ejercicio de potestades de gestión de riesgo³¹. Además, se articula con un engranaje normativo que recorre la jerarquía del sistema legal y finalmente, destaca por estar escasamente regulado normativamente³². El correlato de esta última característica, es el grado de interpretación discrecional con que cuenta la Superintendencia.

2.2. Regulación de los criterios de aprobación de un programa de cumplimiento

La Superintendencia del Medio Ambiente posee la atribución de aprobar programas de cumplimiento, conforme a la letra r) del artículo 3 de la LO-SMA. Por su parte, el artículo 42 de este cuerpo normativo encarga a un reglamento la determinación de los criterios a los cuales deberá atenerse la Superintendencia para aprobar este instrumento. Por medio de esta habilitación, el Reglamento aprobado por el D.S. 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, indica que la resolución de la Superintendencia que apruebe dicho instrumento debe satisfacer criterios positivos y negativos.

Los primeros corresponden a integridad, eficacia y verificabilidad, cuya regulación es exigua en el cuerpo reglamentario precitado. Así, se expresa que la integridad significa que el programa debe abarcar *“todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos”*. La eficacia, por su parte, implica que las acciones y metas deben *“asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos”* ocasionados por el hecho infraccional. Por último, la verificabilidad corresponde a la incorporación de mecanismos que permitan acreditar el cumplimiento del instrumento.

En segundo término, este cuerpo legal establece un criterio negativo, consistente en que la SMA no podrá aprobar programas que tengan por objeto eludir responsabilidad, aprovecharse de la infracción, o que sean manifiestamente dilatorios (inciso final del artículo 7).

En esta línea, el Reglamento indica que el programa deberá contener una *“descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos”* (letra a) del artículo 7 del Reglamento) y un *“plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento”* (letra b) de la misma disposición).

²⁹ Según la Cuenta Pública del año 2019 (28 de mayo 2020) de la Superintendencia del Medio Ambiente, se han aprobado 497 programas de cumplimiento entre 2013 y 2019, de los cuales un 85% ha terminado satisfactoriamente. En SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2020), p. 32.

³⁰ Aprobado por Decreto Supremo N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación. Diario Oficial, 11 de febrero de 2013.

³¹ ROJAS (2018), p. 93.

³² HERVÉ Y PLUMER (2019), p. 29.

En este contexto normativo, cobra un papel relevante la Guía para la presentación de un programa de cumplimientos de la SMA³³ (en adelante “Guía”), que además de estructurar la metodología que debe contener un programa, ahonda en la relación entre la descripción de los hechos constitutivos de la infracción y los aspectos relativos a los efectos generados por la misma (sección 2.1 de la Guía). En efecto, allí se entregan pautas sobre la descripción de los efectos negativos; la forma en que los efectos se reducen o contienen; el sustento de la imposibilidad de eliminarlos, cuando proceda; y la fundamentación de la inexistencia de los efectos.

En específico, al referirse a la descripción de los efectos negativos producidos por el ilícito administrativo, la Guía supone dos escenarios: la inexistencia de efectos o bien, la verificación de éstos. Dependiendo de la entidad de los efectos, las medidas para abordarlos deberán tener distinta intensidad. Ello da cuenta de una relación proporcional entre efectos y acciones-medidas: entre mayor sea la magnitud de los efectos, mayor será la trascendencia de las medidas para apreciar la idoneidad del instrumento.

Bajo esta lógica, el plan de acciones contemplado en el programa se estructura en base a una escala de gradualidad: las acciones podrán eliminar, reducir o contener los efectos; opción que debe ir acompañada de su respectiva justificación técnica. Por tanto, debe existir una coherencia entre las acciones contempladas en el programa y su respaldo científico.

2.3. Eficacia como criterio de aprobación de un programa de cumplimiento

Este criterio supone una doble carga para los regulados. En primer lugar, corren con la obligación de volver al estado de cumplimiento ambiental verificado antes de la comisión de la infracción y, en segundo término, hacerse cargo de los efectos derivados del incumplimiento³⁴.

Es por este motivo que se ha indicado que el criterio de eficacia depende de un binomio infracción-efecto. Esto implica la *“necesidad de que el PDC considere acciones para abordar la infracción propiamente tal y acciones para hacerse cargo de los efectos que esta haya generado, si correspondiere, o su descarte”*³⁵.

La Superintendencia, entonces, debe distinguir entre dos momentos para examinar la legalidad de un programa. Por un lado, corresponde determinar los efectos ambientales asociados a la infracción, con el objetivo de conocer sus implicancias; y por el otro, juzgar la idoneidad de las acciones y medidas para manejarlos.

Por supuesto, ambas instancias -determinación de efectos y plan de acciones- poseen una relación estrecha, en tanto que de la modulación de las primeras, dependerá el juicio de suficiencia que recaerá respecto de las segundas. Lo anterior, es consistente con el procedimiento sancionatorio del cual detona la opción de presentar un programa. Atendido que entre los efectos generados por la infracción y el plan de acciones media una relación de causalidad, el análisis de los primeros debe necesariamente anteceder a los segundos.

A partir de estos elementos, es posible caracterizar a la eficacia como un criterio sustantivo y compuesto. Sustantivo, en la medida que la verificación de este criterio debe evaluarse en consideración a la calidad y efectividad de las medidas propuestas por el titular. Así, la Superintendencia debe determinar, previa formulación de cargos, los resultados esperados en atención a la información recabada en base a los antecedentes acompañados por el infractor. En definitiva, no es un criterio cuya identificación responda a un estándar formal.

Enseguida, cabe señalar que es un criterio compuesto, dado que su aprobación dependerá de la coherencia entre dos componentes: determinación de los efectos ocasionados y las acciones y medidas para abordarlos. Aquí conviene enunciar que las decisiones de la SMA están impregnadas de la calidad de la evidencia científica. Incluso, existen razones para estructurar de

³³ Guía para la presentación de un programa de cumplimientos por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2018), p. 11.

³⁴ PLUMER et al. (2018), p. 219.

³⁵ HERVÉ Y PLUMER (2019), p. 36.

diferente forma la operatividad del sistema legal según la evidencia sea controversial o incontrovertida por el juicio experto³⁶.

3. Reconstrucción de la resolución de la SMA desde la metodología aplicativa de la decisión administrativa

El discurso institucional de la Superintendencia descansa en una armonización de polos que, en principio, se encuentran en extremos opuestos de reacción ante el incumplimiento normativo bajo su competencia: los incentivos de retorno al cumplimiento, por un lado, y la sanción administrativa, por el otro. Así, a la Superintendencia le compete una racionalización del uso de la sanción, en la medida que el reproche administrativo es una de las reacciones posibles³⁷.

Una síntesis entre ambos extremos parece estar detrás del tratamiento de la regulación responsiva por parte de nuestra literatura³⁸. En específico, Hervé y Plumer indican que la práctica de la Superintendencia ha permitido desarrollar una estrategia institucional para lograr la eficacia del derecho ambiental.

Este enfoque se sustenta en una selección estratégica de mecanismos atendiendo al grado de cooperación del regulado. De este modo, la intervención administrativa se ordena jerárquicamente, en cuyos extremos se encuentra la sanción más drástica y la pura persuasión³⁹.

En este contexto, el período que media entre la formulación de cargos y la aprobación del programa se caracteriza por una cooperación entre la Superintendencia y el titular del proyecto, vía reuniones de asistencia al cumplimiento⁴⁰, observaciones y correcciones de oficio practicadas al programa o bien, indicaciones incorporadas por la participación de terceros intervinientes en el procedimiento. Ésta instancia de diálogo institucionalizado se manifiesta en resoluciones previas a la aprobación o rechazo, en que se indica la necesidad de precisar, clarificar o derechamente calificar de insuficientes las acciones y medidas propuestas por el titular.

A consecuencia de lo expuesto, la SMA está habilitada para asumir un rol activo en la elaboración de un programa. Así, luego de determinar los efectos, puede ajustar el programa propuesto por el infractor en coherencia con la formulación de cargos, para alcanzar un estándar óptimo sobre la idoneidad del plan de acciones y metas presentado por el infractor.

Por tanto, la Superintendencia asume institucionalmente un rol de dirección en la configuración del programa. Este instrumento, por consiguiente, es fruto de la intervención

³⁶ HAACK (2008), p. 300.

³⁷ Esta función de la Superintendencia se refleja en su estructura orgánica. En efecto, una la Fiscalía de la SMA cuenta con un Departamento de Sanción y Cumplimiento. Las funciones de este Departamento consisten en: preparar la propuesta de declaración de ejecución satisfactoria de los programas de cumplimiento; proponer al fiscal que se declare el incumplimiento del programa de cumplimiento y el reinicio del procedimiento administrativo sancionatorio; y proporcionar asistencia y orientación a los sujetos regulados sobre los requisitos y criterios para la presentación y aprobación de programas de cumplimiento. Para estos efectos, ver la Res. Ex. N° 2124/2021 de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente, de 30 de septiembre de 2021. Diario Oficial, 6 de octubre de 2021.

³⁸ GUILOFF Y SOTO (2015), p. 104; SOTO (2016), p. 404; GUILOFF (2019), p. 122; ROJAS (2019), pp. 63-66; HERVÉ Y PLUMER (2019), p. 13. Una referencia para todos estos textos es el trabajo de Ayres, Ian y Braithwaite, John. *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford, 1992. Estos autores identifican una racionalización o sensibilización sancionatoria conforme a criterios contextuales. En otras palabras, la responsividad corresponde a una actitud que permite al regulador percibir el entorno en el que debe intervenir, lo cual permitirá establecer la mejor estrategia de intervención, dependiendo del contexto, cultura regulatoria e historia de los regulados. AYRES Y BRAITHWAITE (1992), p. 6. En una aproximación del derecho ambiental, se ha sostenido que *“Conventional models of environmental protection are not sufficient because they act primarily to constrain businesses by threats of lawsuits or economic sanctions. This method of regulation is negative in orientation. Conventional models cannot easily succeed in positively motivating businesses to pursue environmentally responsible programs and policies”*. ORTS (1995), p. 788. En un sentido similar, se ha planteado la idea de una *“adaptive environmental governance”* DECARO et al. (2017), p. 8.

³⁹ Las autoras, para efectos de configurar y sistematizar una estrategia responsiva, identifican los siguientes instrumentos de la Ley N° 20.417, de 2010: asistencia al regulado, autodenuncia, programa de cumplimiento y el plan de reparación ambiental. Además, agregan la denuncia ciudadana, programación y subprogramación de la fiscalización, requerimientos de información, medidas provisionales, medidas urgentes y transitorias, cartas de advertencia y corrección temprana. HERVÉ Y PLUMER (2019), pp. 21-22.

⁴⁰ Contempladas en el artículo 3 Letra u) del artículo Segundo de la Ley N° 20.417, de 2010. Así como el artículo 3 del Decreto Supremo N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, de 2013.

pública de la SMA en base a la propuesta del titular del proyecto, cumpliendo así con la exigencia de asistir a los regulados a la comprensión de sus requisitos, finalidad y forma de presentación, conforme al artículo 3 del Reglamento.

4. Resolución recaída en el programa de cumplimiento

Existe una escala incremental en el nivel de interpretación discrecional respecto de la aprobación de un programa. En primer lugar, el criterio de verificabilidad se aproxima a una configuración reglada. Luego, en el medio, se encuentra el criterio de integridad y por último, el de eficacia.

No obstante, cabe indicar que responder la pregunta del criterio de eficacia, supone responder la de integridad, puesto que ambas están supeditadas a la delimitación del alcance de los efectos ambientales ocasionados por la infracción.

Como una primera aproximación, podemos indicar que la discrecionalidad significa que las reglas examinadas no sólo le conceden a la Superintendencia un margen para decidir estáticamente sobre la legalidad del programa, sino que brindan un espacio de interpretación no completamente prefijado por las normas aplicables a la decisión.

En principio, la aplicación de reglas discrecionales otorga al decisor la posibilidad de considerar en cada caso sometido a su competencia, todos los factores que le parezcan pertinentes dentro del rango fijado por su competencia⁴¹. En este sentido, los criterios de aprobación constituyen el rango de factores a los que debe circunscribirse la Superintendencia para evaluar un programa y, de este modo, limitan el campo de elementos a considerar. De esta manera, aun cuando finalmente la resolución será dicotómica (aprobación o rechazo), existe un amplio espacio para perfilar casuísticamente la decisión con arreglo a los criterios de aprobación. La estructura puede graficarse del siguiente modo.

Resolución de aprobación/rechazo de un programa	Criterios de aprobación	Estructuración competencia
	Verificabilidad	 (+) Discrecionalidad
	Integridad	
	Eficacia	

Elaboración propia.

5. Aplicación de la eficacia

El criterio de aprobación de eficacia configura un caso en que, en principio, se superponen dos soluciones teóricas respecto de la naturaleza de las potestades involucradas en la aprobación del programa. En efecto, existe margen para postular tanto un espacio de discrecionalidad para adoptar la decisión como un caso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

5.1. Discrecionalidad

La configuración de la potestad aprobatoria como una de margen discrecional, implica que la pura interpretación gramatical de la letra b) del artículo 9 del D.S. 30/2012 no es suficiente para determinar en un caso concreto el significado de eficacia; por el contrario, la Superintendencia debe completar el texto de la regla con criterios que concreten el texto inicial de la norma aplicable hasta referirlo óptimamente al caso sobre el que debe decidir⁴².

Recopilados todos los antecedentes y criterios que permitan determinar si un programa de cumplimiento se encuentra ajustado a la regulación ambiental aplicable, la Superintendencia

⁴¹ MACCORMICK (2011), p. 46.

⁴² RODRÍGUEZ (2016), pp. 24-25.

habrá construido su “norma de conducta aplicable”⁴³. En virtud de ella, la SMA podrá subsumir en el relato fáctico del asunto en la letra b) del artículo 9 del D.S. 30/2012, por lo que estará posicionada para precisar los criterios de carácter técnico, con el objetivo de decidir cuándo los antecedentes acompañados por el infractor son suficientes para satisfacer el estándar de eficacia.

Así, la textura abierta del término “eficacia” permite sostener que se le confiere a la SMA la atribución de integrar el supuesto de hecho imperfecto (programa de cumplimiento eficaz), determinante para la aplicación de las consecuencias previstas normativamente⁴⁴ y así, rechazar o aprobar el programa. La “norma de conducta” se construirá entonces, principalmente por la vía de interpretar la regla aplicable, los informes técnicos acompañados por el infractor y las pautas o criterios emanados de la propia SMA.

Esto es consistente con la discrecionalidad débil o técnica, es decir, aquellos casos en que se otorga un ámbito de decisión en función de evaluaciones adoptadas en virtud del conocimiento especializado de una agencia⁴⁵. En este sentido, la Superintendencia cuenta con un grupo de funcionarios mejor posicionados institucionalmente para evaluar el conjunto de variables bajo la decisión. Ello, trasunta en que el derecho administrativo aumente la importancia relativa de los no juristas en los procesos decisionales de una agencia⁴⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, las apreciaciones técnicas por órganos administrativos pueden integrarse por medio de diferentes vías. Se distingue así, entre discrecionalidad instrumental jurídico-técnica, verdadera discrecionalidad técnico-administrativa o elecciones guiadas por hipótesis científicas no totalmente corroboradas⁴⁷. La primera opción, no implica un poder de valoración reservado a la Administración, sino que un margen de interpretación sustentado en pautas técnicas, que permiten al decisor identificar la solución justa para el caso previsto y configurado en la norma.

En cambio, la discrecionalidad técnico-administrativa, constituye un genuino caso de discrecionalidad, puesto que se le entrega al órgano administrativo la atribución de configurar las alternativas disponibles y enseguida, la selección del curso de acción. En tercer lugar, el sistema normativo prevé casos en que la Administración ejecuta potestades sobre la base de hipótesis científicas no completamente comprobadas por la comunidad científica, por lo que corresponde a los servicios administrativos evaluar el interés público involucrado⁴⁸.

Pareciera entonces, que la forma de integrar las apreciaciones técnicas dependerá del nivel de confiabilidad de las respuestas científicas involucradas en el caso.

5.2. Concepto jurídico indeterminado

En segundo término, el criterio de aprobación eficacia podría constituir un caso de concepto jurídico indeterminado. Esto es, una categorización lingüística respecto de la que existe indeterminación ex ante de producirse la intervención administrativa, pero que luego de mediar una operación de subsunción, sólo corresponde aplicar una única “solución justa”⁴⁹. Es decir, un programa de cumplimiento será o no eficaz para asegurar el cumplimiento normativo y abordar los efectos.

En definitiva, el concepto jurídico indeterminado correspondería a una potestad reglada, puesto que el supuesto de hecho y la consecuencia correlativa, se verifica o no. En caso afirmativo, la resolución del asunto implica la desaparición de la indeterminación inicial. Así, la

⁴³ RODRÍGUEZ (2016), p. 24.

⁴⁴ BACIGALUPO (1997), pp. 181-188.

⁴⁵ CORDEIRO (2015), p. 85.

⁴⁶ VERMEULE (2018), p. 257.

⁴⁷ DESDENTADO (1999), pp. 143-147.

⁴⁸ La autora indica que en el caso de los juicios que involucren juicios prospectivos incorporan de forma esencial un componente de opinión, en tanto que el sujeto decisor realiza una conjetura sobre la base de indicios, señales o datos, en DESDENTADO (1999), pp. 146-147.

⁴⁹ DESDENTADO (1999), pp. 143-147.

norma otorgaría a la Superintendencia un margen considerable para apreciar o valorar la presencia del supuesto de hecho⁵⁰, con la finalidad de aplicar las consecuencias decididas por el legislador y Reglamento.

De este modo, la Administración Pública frente a determinados supuestos de hecho puede identificar zonas de certeza negativa (el programa no satisface el criterio de eficacia), zonas de certeza positiva (el programa satisface el estándar) y zonas grises. En éstos últimos casos corresponderá ejercer una labor interpretativa y dotar de sentido la indeterminación inicial, con el objeto de satisfacer el estándar de eficacia.

5.3. Teoría unitaria de la discrecionalidad

En cualquier caso, se sostiene que independiente se trate de un caso de conceptos jurídicos indeterminados o de discrecionalidad, la intervención de la Superintendencia supone un margen de apreciación respecto de los supuestos de hecho sobre los que debe fundar su resolución para ser operativa⁵¹. Aquí, el sentido unitario de la discrecionalidad está vinculado a una norma habilitante cuya estructura lógico-formal contempla un supuesto de hecho imperfecto (inacabado o incompleto)⁵². De este modo, la discrecionalidad “es siempre un supuesto de hecho imperfecto, inacabado o inexistente que perfecciona, acaba o crea la Administración”⁵³.

Por consiguiente, los criterios de aprobación descansan en la ponderación y valoración de los antecedentes suministrados por el infractor y de la información que se encuentra a disposición de la SMA⁵⁴.

De este modo, la SMA cuenta con el poder de completar con criterios adicionales fijados por la propia Administración el margen de indeterminación, de manera que esta se reduzca. En este sentido, la Guía de presentación de programa de cumplimiento, como instrumento de *soft law*, pone a disposición de los regulados los criterios con que se decidirá un caso en particular⁵⁵ e intentan otorgar certidumbre sobre el comportamiento del regulador.

Conviene aclarar en este punto de la exposición, que la dimensión creativa de la creación de la norma de conducta por parte del órgano administrativo no implica desvincularse del derecho vigente y, por lo tanto, el significado del texto de la norma adjudicada⁵⁶. Por lo demás, resulta sensato que los peligros que revisten entregar espacios de discrecionalidad, antes de pretender eliminarlos, sean atemperados por medio de garantías procedimentales, organizativas y formales⁵⁷.

⁵⁰ LAGUNA (2017), p. 85.

⁵¹ Se sostiene que tanto en el caso de que se adopte un criterio de control de conceptos jurídicos indeterminados como en la hipótesis de discrecionalidad deben someterse a una teoría unitaria de la discrecionalidad. Debido a que, tanto en uno como en otro caso, el juez deberá efectuar un control negativo. BACIGALUPO (1997), pp. 161-181. Esta discusión es abordada por Saavedra, Rubén. En SAAVEDRA (2011), pp. 159-163.

⁵² BACIGALUPO (1997), p. 203.

⁵³ MEDINA (2016), p. 264. En definitiva, con independencia de si la norma utiliza en su supuesto de hecho conceptos jurídicos indeterminados o deja las consecuencias jurídicas abiertas, ambas opciones, englobadas en un concepto unitario de discrecionalidad, conllevan el poder de completar un supuesto de hecho normativo imperfecto o inacabado, presentes en conceptos jurídicos indeterminados, decisiones de alto contenido técnico, potestades que engloben valoraciones o juicios predictivos, etcétera. Así, para esta teoría la discrecionalidad es una “habilitación para completar en sede aplicativa supuestos de hecho normativos imperfectos o inacabados”. En efecto, se atribuye a la Administración la facultad de completar o integrar un supuesto de hecho imperfecto determinante de la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas normativamente, BACIGALUPO (1997), p. 181-188.

⁵⁴ URBINA (2013), p. 6.

⁵⁵ RODRÍGUEZ (2016), pp. 113-120.

⁵⁶ RODRÍGUEZ (2016), p. 66.

⁵⁷ BACIGALUPO (1997), p. 223; RODRÍGUEZ (2016), p. 69.

6. Revisión judicial: la decisión administrativa discrecional se compadece con una revisión asimétrica

La relación que media entre la adopción de decisiones por parte de la Superintendencia y su posterior revisión judicial, es central para dar cuenta del modelo regulativo ambiental. Si es correcto que la decisión de la Superintendencia recaída en un programa de cumplimiento posee contenido discrecional, resulta impropio que los tribunales revisen dichas decisiones en los mismos términos institucionales que el decisor primario (la agencia administrativa). Ello, puesto que las decisiones de la SMA están vinculadas a la implementación de la política pública ambiental desde su rol institucional: su posición es reforzar el cumplimiento de las exigencias ambientales para efectos de obtener tasas óptimas de acatamiento a la regulación ambiental⁵⁸.

En este contexto, se ha sostenido que debería existir una correlación entre la norma de conducta y la norma de control. El concepto de norma de control es el que identifica los criterios con los que se va a realizar la revisión judicial de la decisión administrativa⁵⁹. En el caso de la revisión de la resolución recaída en el programa, el poder del juez se limita a conocer de la legalidad del acto impugnado, y no su oportunidad o mérito.

Ahora bien, en el caso de decisiones discrecionales -como es el caso de la aprobación o rechazo de un programa- la relación entre norma de conducta y norma de control es asimétrica, puesto que la decisión pública discrecional contiene elementos que exceden los datos con que cuenta el revisor y por ello, no puede simplemente sustituir la decisión primaria.

Lo anterior, quiere decir que el juez debe anular una decisión administrativa que no supere un estándar mínimo de razonabilidad: así, el revisor podrá anular el acto en caso de que se declare inaceptable (irracional, no motivada) en base a la aplicación de los criterios de aprobación consagrados en el reglamento referido, más el perímetro regulatorio que informe a la decisión. En otras palabras, el control es negativo, puesto que el revisor sólo puede reputar como inaceptable el instrumento visado por la SMA y, por el contrario, no puede aproximarse a la decisión administrativa como si ésta aplicara una norma de estructura condicional⁶⁰.

7. Control judicial del criterio de eficacia respecto de la resolución recaída en un programa de cumplimiento

Ahora, revisaremos cómo la praxis judicial se ha aproximado al control criterio de aprobación del criterio de eficacia de un programa de cumplimiento. Ello es importante, puesto que el rendimiento de la metodología aplicativa ofrecida de la SMA -plasmada en la construcción de la norma de conducta y norma de control- entrega criterios para evaluar la coherencia de la relación entre la decisión administrativa y la revisión judicial.

Como señalamos, nos detendremos en el criterio de aprobación de la eficacia, puesto que este criterio es el más complejo y, además, el que implica un mayor grado de discrecionalidad en la concreción normativa de la Superintendencia.

7.1. Estándar de descripción y descarte de los efectos ocasionados por la infracción ambiental

El 24 de febrero de 2017, el Segundo Tribunal Ambiental (R-104-2016) acogió la reclamación interpuesta por Juan Pastene Solis en contra de la resolución de la SMA, que aprobó

⁵⁸ Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2017), p. 17. Conforme a esta perspectiva, la sanción está íntimamente aparejada a la regulación conductual, en tanto que es una herramienta que busca que los agentes económicos se comporten de una determinada manera, al respecto, al respecto, ver MACRORY (2006), p. 29.

⁵⁹ RODRÍGUEZ (2016), p. 25.

⁶⁰ Una norma condicional posee la siguiente estructura lógica "*si procede este supuesto de hecho, corresponde aplicar esta o estas consecuencias jurídicas*". En estos casos, el juez puede invalidar un acto por ser una incorrecta aplicación de una norma: aquí la relación entre norma de conducta y norma de control es simétrica. RODRÍGUEZ (2016), p. 171.

el programa de cumplimiento presentado por la Minera La Florida Limitada, en el marco del procedimiento sancionatorio seguido en su contra. En virtud de este fallo, se le ordenó a la Superintendencia exigir al titular del proyecto presentar un nuevo programa.

En este asunto, el Tribunal fijó un relevante estándar sobre la descripción de los efectos en el marco de un programa de cumplimiento, reforzando el contenido del criterio de eficacia al sostener que el regulado corre con la exigencia de tratar no sólo de las infracciones contenidas en la formulación de cargos, sino que también de los efectos generados por ellas. Además, precisó el alcance del binomio infracción-efecto, al señalar que “sólo si se cuenta con una correcta descripción de los efectos se podrá precisar si las acciones y metas propuestas en el programa de cumplimiento cumplen con la obligación de “reducir o eliminar” dichos efectos, satisfaciendo, de esta manera, los criterios de integridad y eficacia”⁶¹.

Por tanto, del razonamiento de esta sentencia se sigue que el titular debe proporcionar una descripción de los efectos que permita razonablemente entender la no producción de efectos negativos; el nivel de detalle de esta descripción dependerá del caso concreto según lo determine la Superintendencia⁶².

De esta forma, si los efectos generados por la infracción son descartados por el titular, corresponde una explicación circunstanciada, apoyada en fundamentos técnicos que permitan a la SMA comprender por qué no se produjeron efectos negativos⁶³. Adicionalmente, el asunto en comento entrega incentivos a que la Superintendencia exija, en casos de incertidumbre acerca del efecto generado por una infracción, que éstos sean reconocidos por el regulado y, en consecuencia, adopte medidas conservadoras para abordarlos.

En definitiva, la sentencia en análisis puede leerse en la clave propuesta por el trabajo: la SMA es el órgano encargado de dotar de significado del estándar de eficacia con que el programa de cumplimiento debe abordar los efectos de la infracción y, como correlato, la revisión judicial debe ser, en principio, deferente hacia su interpretación (esto es, un control asimétrico). Por de pronto, entender correctamente esta deferencia implica asignarle al juez la carga de custodiar que la administración justifique sus decisiones; o, en nuestro caso, que la Superintendencia adjudique el contenido del criterio de eficacia fundadamente, con el objetivo que el programa de cumplimiento internalice los efectos ocasionados por la falta administrativa.

7.2. Líneas jurisprudenciales posteriores

El Segundo Tribunal Ambiental indicó en la causa Pampa Hermosa (R-160-2016)⁶⁴ que se debe acreditar que los efectos principales de las infracciones han sido abordados y cubiertos, lo que no implica eliminar todos los espacios de incertidumbre⁶⁵. Lo anterior -eliminar todos los espacios de incertidumbre-, se aproximaría al examen que corresponde efectuar en sede de evaluación ambiental y no al objetivo y alcance del programa de cumplimiento⁶⁶.

En este escenario, el Primer Tribunal Ambiental dictó dos sentencias de interés: el Caso Salar de Atacama (R-17-2019) y faena minera Collahuasi (R-25-2019). En ambas subyace la opinión consistente en que las acciones propuestas para hacerse cargo de los efectos que se basan en antecedentes que manifiestan un grado de incertidumbre científica en relación con el comportamiento del componente ambiental fiscalizado, no cumplen con los criterios de eficacia e integridad.

⁶¹ Segundo Tribunal Ambiental, R-104-2016, de 24 de febrero de 2017, considerando 27.

⁶² Segundo Tribunal Ambiental, R-104-2016, de 24 de febrero de 2017, considerando 27.

⁶³ Segundo Tribunal Ambiental, R-104-2016, de 24 de febrero de 2017, considerando 40. Este criterio fue respaldado en la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, R-132-2016, 20 de octubre de 2017, considerando 45.

⁶⁴ Primer Tribunal Ambiental, R-160-2016, de 17 de diciembre de 2019.

⁶⁵ Primer Tribunal Ambiental, R-160-2016, de 17 de diciembre de 2019, considerando 133.

⁶⁶ Primer Tribunal Ambiental, R-160-2016, de 17 de diciembre de 2019, p. 134.

En la causa R-17–2019, se cuestiona que la justificación técnica se encuentra fundada en información no validada por la autoridad sectorial, lo que impediría que las acciones y metas propuestas se hagan cargo adecuadamente de la infracción reprochada⁶⁷.

Por su parte, la sentencia dictada en causa R-25-2019 indica que la información en que se basan las acciones del programa no descarta la generación de efectos derivados del incumplimiento, puesto que no se analizan razonablemente las implicancias de la falta de datos de monitoreo.

Ello, debido a que no se caracterizaron adecuadamente las condiciones ambientales de la zona monitoreada utilizada como referencia para descartar los efectos, por lo que no se logró demostrar las similitudes entre el área monitoreada y la no monitoreada⁶⁸.

De esta línea argumentativa, podría seguirse una limitación a la presentación de programas de cumplimiento a infracciones de alta complejidad, restringiendo, en los hechos, la aplicación de este instrumento de incentivo al cumplimiento para infracciones que puedan ser fácilmente caracterizadas por la Superintendencia; o bien, sensibilizar el programa de cumplimiento a los supuestos fácticos ocasionados por la infracción⁶⁹.

Ante los criterios de aprobación del programa, se presenta la toma de consciencia por parte de los tomadores de decisiones públicas, los márgenes de incertidumbre envueltos en los instrumentos de gestión ambiental y, en particular, las resoluciones de calificación ambiental. Adoptar decisiones en situaciones de ignorancia resulta problemático en circunstancias que nuestro sistema normativo no ha regulado de forma expresa reglas para responder en estas situaciones⁷⁰.

Posteriormente, en el caso *Minera Florida 2* (R-170-2018), el Segundo Tribunal Ambiental estableció un criterio de significancia respecto de los efectos derivados de las infracciones en un programa, indicando que los efectos deben reunir una entidad suficiente para ser abordados por este instrumento. Una interpretación más extensiva respecto de los efectos negativos de las infracciones podría poner en riesgo la viabilidad práctica de la institución, basada en el incentivo al cumplimiento ambiental⁷¹. En esta línea, es interesante el contrapunto que realizó el Segundo Tribunal Ambiental, cuando respaldó a la Superintendencia en el marco de la aprobación del programa de cumplimiento del proyecto *Caserones* (R-41-2021) respecto de la opción de someter infracciones contenidas en la misma formulación de cargos a diferentes mecanismos de corrección⁷². Así, mientras que las infracciones que traigan aparejadas la generación de daño ambiental reparable pueden ser abordadas por un plan de reparación ambiental, el resto de los efectos ambientales ocasionados por infracciones ambientales, deben ser tratados por la vía de un programa.

Por otro lado, el Tercer Tribunal Ambiental, en el caso *Proyecto Alto Maullín* (R-15-2021), distinguió entre las acciones y medidas asociadas al cumplimiento normativo y aquellas que buscan manejar los supuestos de hecho causados por la infracción. A partir de este distingo, anuló la resolución aprobatoria de la SMA, puesto que el programa de cumplimiento contenía acciones y medidas asociadas a la disminución del tamaño del proyecto inmobiliario, para efectos de evitar la exigencia de una autorización ambiental a su respecto⁷³. Así pues, un desistimiento parcial del proyecto de inversión, para efectos de no superar el umbral de ingreso al Sistema de Evaluación Ambiental, no satisface el criterio de eficacia. Consecuentemente, la única acción que se ajusta a dicho criterio para el caso de la infracción de elusión es someterse a una evaluación ambiental.

⁶⁷ Primer Tribunal Ambiental, 26 de diciembre de 2019, Rol R-17-2019, acumuladas a roles R-18-2019 y R-19-2019, considerandos 216 y 220.

⁶⁸ Primer Tribunal Ambiental, 30 de diciembre de 2019, Rol R-25-2019, considerandos.137 y siguientes.

⁶⁹ GARCÍA Y SOTO (2021), p. 223.

⁷⁰ SPIECKER (2015), pp. 59-61.

⁷¹ Segundo Tribunal Ambiental, 29 de abril de 2020, Rol R-170-2018, considerando 28.

⁷² Primer Tribunal Ambiental, 31 de agosto de 2021, Rol R-41-2021, considerando 34.

⁷³ Tercer Tribunal Ambiental, 14 de abril de 2022, R-15-2021, considerando 46.

Sin perjuicio de lo anterior, el mentado tribunal respaldó la tesis de la agencia administrativa en orden a exigir un monitoreo y porcentaje de prendimiento respecto de las revegetación vinculado al plan de reforestación comprometido⁷⁴, otorgando un margen considerable de interpretación administrativa para efectos de determinar el nivel de compromiso que le es exigible al sujeto regulado y, de tal suerte, determinar qué cuenta como una acción eficaz en el marco de un programa de cumplimiento.

7.3. Significado de las tensiones entre decisor administrativo y revisor judicial

Las tensiones entre decisor administrativo y revisor judicial especializado pueden comprenderse como un indicador positivo respecto del funcionamiento del sistema de contrapesos. A este respecto, desde la perspectiva de buen diseño institucional, el estándar de revisión debe ser creado a la medida del revisor judicial⁷⁵. Así, un revisor técnico y especializado como los Tribunales Ambientales están facultados para realizar una revisión intensa respecto de las resoluciones de la SMA que rechacen o aprueben un programa.

La sentencia anulatoria, sin embargo, no puede determinar el contenido discrecional de los actos impugnados⁷⁶, como lo establece el inciso segundo del artículo 30 de la ley 20.600⁷⁷. A esta regla, subyace la intuición de que la Administración es la mejor equipada para dotar de sentido a la regla y efectuar una aplicación a un caso en específico.

En esta misma línea, el derecho administrativo de la «dirección» centra sus esfuerzos en identificar condiciones de eficacia normativa, por la vía de la orientación de la toma de decisiones administrativas. De tal manera, que reconstruir la actividad aplicativa de la SMA, debe atender tanto a la configuración normativa del legislador como a la actividad controladora de la jurisdicción⁷⁸. Así, la “norma de conducta” creada por la Superintendencia para decidir un caso, es una manifestación por medio del que el sistema legal dirige la actividad administrativa, equilibrando las estructuras del discurso legal con la implementación exitosa de la gestión pública encomendada a esta agencia.

8. Conclusiones

- a. Tanto la resolución recaída en un programa de cumplimiento como su revisión judicial deben guardar coherencia con el diseño normativo en que se insertan. Esta coherencia puede ilustrarse por la tipología explicativa de las normas de conducta y norma de control.

En esta línea, la Superintendencia del Medio Ambiente es el órgano encargado de dotar de significado el criterio de aprobación de “eficacia” contemplado letra b) del artículo 9 del D.S. 30/2012.

La regla anterior, es el criterio inicial para la construcción de un estándar de eficacia exigible a un programa de cumplimiento. Su alcance será dotado de sentido por vía de la justificación técnica sobre la que descansan las acciones y medidas propuestas por el titular para el caso en específico. Lo anterior, supone reconocer un margen de discrecionalidad a la Superintendencia y, por lo tanto, alejarse de una aproximación estática a sus competencias de aplicación normativa.

- b. Esta perspectiva, es consistente con la regulación nacional revisada, con la metodología administrativa de aprobación de un programa de cumplimiento y en términos generales, con el derecho administrativo de la dirección. También es coherente con una perspectiva

⁷⁴ Tercer Tribunal Ambiental, 14 de abril de 2022, R-15-2021, considerandos 56-60.

⁷⁵ CORDERO Y TAPIA (2015), p. 64.

⁷⁶ GUILOFF (2019), p. 115.

⁷⁷ Este artículo indica que: “En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados.” Énfasis agregado.

⁷⁸ MAURER (2012), p. 131.

responsiva de la regulación ambiental, a partir de la cual la Superintendencia ha construido una práctica y un discurso que releva la política de cumplimiento ambiental.

- c. En el caso de espacios de discrecionalidad, las normas de conducta y de control se relacionan de forma asimétrica y, por ello, el control es negativo. De lo que se sigue, que el juez debe anular la decisión administrativa en el evento que esta no supere un umbral mínimo de razonabilidad.

Precisamente, el inciso segundo del artículo 30 de la ley 20.600, establece que en el caso de una sentencia anulatoria, el juez ambiental no puede determinar el contenido del acto discrecional impugnado. Es decir, la revisión no puede sustituir el ámbito discrecional de la decisión que aprueba o rechaza un programa de cumplimiento.

- d. Así, desde una perspectiva institucional, una revisión judicial intensa es riesgosa en la medida que elevaría los costos de decisión y propiciaría una osificación regulatoria⁷⁹. En el extremo, una revisión demasiado exigente de los criterios de aprobación de un programa, implica transformar a la Superintendencia en un mero recopilador de hechos y, en la práctica, traspasar al revisor judicial la decisión⁸⁰.

En este escenario, el criterio de eficacia puede esconder problemas de distribución de competencias y con ello, un riesgo de desnaturalizar el instrumento. En efecto, las decisiones de la Superintendencia y los Tribunales Ambientales suponen coherencia con el diseño regulatorio. Así, efectuar interpretaciones en extremo exigentes puede trastocar la distribución de facultades del diseño institucional, en circunstancias que el razonamiento legal supone una renuncia por parte de los operadores jurídicos a una optimización completa respecto de los objetivos que subyacen a las normas. Ello, implicaría defraudar la distribución de poder en un modelo institucional⁸¹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ASTORGA, EDUARDO (2006): "Aportes a la nueva institucionalidad ambiental chilena: Propuesta sobre creación del Ministerio del Medio Ambiental de la Presidente Michelle Bachelet", en: Valentina Durán, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y Cecilia Urbina (Eds.), *Institucionalidad e instrumentos de gestión ambiental para Chile del Bicentenario: Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Derecho Ambiental), pp. 349-360.

AYRES, IAN Y BRAITHWAITE, JOHN (1992): *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate* (Oxford, Oxford University Press).

BACIGALUPO, MARIANO (1997): *La discrecionalidad administrativa* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

BARNÉS, JAVIER (2003): "Presentación de la traducción", en: Eberhard Schmidt-Assmann (Autor), *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema* (Traducc. Mariano Bacigalupo, Javier Barnés, Javier García Luengo, Ricardo García Macho, Alejandro Huelgo, José María Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia, Francisco Velasco, Madrid, Marcial Pons - Instituto Nacional de Administración Pública), pp. 17-27.

BARNÉS, JAVIER (2006): "Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas", en: Javier Barnés (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo* (Sevilla, Editorial Derecho Global), pp. 263-341.

BERMÚDEZ SOTO, JORGE (2013): *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2ª edición (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

CORDERO, LUIS (2010): "Primer Seminario sobre Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Perspectivas desde el sector público", en: Valentina Durán, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y

⁷⁹ VERMEULE (2018), p. 218; GUILOFF (2019), pp. 117-126.

⁸⁰ CORDERO Y TAPIA (2015), pp. 42-43.

⁸¹ SCHAUER (2004), pp. 212-2017.

Cecilia Urbina (Eds.), *Reforma a la Institucionalidad Ambiental. Antecedentes y Fundamentos* (Santiago de Chile, Universidad Diego Portales), pp. 57-89.

DECARO, DANIEL A.; CHAFFIN, BRIAN C.; SCHLAGER, EDELLA; GARMESTANI, AHJOND S. Y RUHL, J.B. (2017): "Legal and institutional foundations of adaptive environmental governance", en: *Ecology and Society* "Vol. 22, No. 1:32). Disponible en: <https://doi.org/10.5751/ES-09036-220132> [visitado el 22 de noviembre de 2021].

CORDERO, LUIS (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª edición (Santiago, Thomson Reuters).

DESDENTADO DAROCA, EVA (1999): *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico* (Pamplona, Editorial Aranzadi).

DÍEZ, SILVIA (2018): *La formación de conceptos en el Derecho público* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

GARCÍA, FRANCISCO Y CORDERO, LUIS (2012): "Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias", en: *Anuario de Derecho Público* (Santiago de Chile, Universidad Diego Portales), pp. 415-435.

GARCÍA, WILLIAM Y SOTO FRANCISCA (2021): "Los programas de cumplimiento en materia ambiental y el problema del impacto del cambio de circunstancias en su eficacia", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Núm. 33), pp. 195-226. Disponible en: <https://doi.org/10.7764/redae.33.7> [visitado el 22 d noviembre de 2021].

GUILOFF, MATÍAS Y SOTO, PABLO (2015): "Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva", en: Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez Soto y Francisco Pinilla Rodríguez (Eds.), *La Nueva Justicia Ambiental* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 101-124.

GUILOFF, MATÍAS (2019): "El control intenso de la discrecionalidad administrativa y sus costos para el funcionamiento de la institucionalidad ambiental", en: Juan Carlos Ferrada (Ed.), *La Justicia Ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las II Jornadas de Justicia Ambiental* (Santiago de Chile, DER Ediciones y Tercer Tribunal Ambiental de Chile), pp. 113-130.

HAACK, SUSAN (2008): *Verdad y justicia, investigación y abogacía, ciencia y ley*, en *Ciencia, Sociedad y Cultura. Ensayos escogidos* (Traducc. Edison Otero Bello, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales).

HERVÉ, DOMINIQUE Y PLUMER, MARIE CLAUDE (2019): "Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: el caso del programa de cumplimiento", en: *Revista derecho* (Concepción) (Vol. 87, Nº 245), pp. 11-49. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100011> [visitado el 22 de noviembre de 2021].

HUNTER, IVÁN (2018): "Estándares de prueba de los riesgos en sede administrativa: riesgos, fundamentación y procedimiento administrativo", en: Dominique Hervé y Sebastián Riestra (Eds.), *Riesgos, Derecho y Medio Ambiente* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 139-156.

MACCORMICK, NEIL (2011): *Instituciones del Derecho*. (Traducc. Fernando Atria y Samuel Tschorne, Madrid, Marcial Pons).

MACRORY, RICHARD (2006): *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective*, Final report. London. Disponible en: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20121205164501/http://www.bis.gov.uk/files/file44593.pdf>[visitado el 22 de noviembre de 2021].

MARMOLEJO, CRÍSPULO (2019): *Agencias Reguladoras* (Santiago de Chile, Thompson Reuters).

MEDINA, LUIS (2016): *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

MONTT, SANTIAGO (2011): *Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales* (Santiago de Chile, Centro de Regulación y Competencia (REGCOM)).

MAURER, HARMUT (2012): *Derecho administrativo alemán* (Traducc. M. José Bobes Sánchez, M. Mercè Darnaculleta I Gardella, José García Alcorta, Javier García Luengo, Alejandro Huergo Lora, Núria Magaldi, Oriol Mir Puigpelat, Marc Tarrés Vives y Gabriel Doménech Pascual, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM).

OCDE (2016): "Estudio de la OCDE sobre la Política Regulatoria en Chile: La Capacidad del Gobierno para Asegurar una Regulación de Alta Calidad, Ediciones OCDE, Paris". Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267060-es> [visitado el 22 de noviembre de 2021].

ORTS, ERIC W. (1995): "A Reflexive Model of Environmental Regulation", en: *Business Ethics Quarterly* (Vol. 5, No. 4), pp. 779-794. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3857414?origin=JSTOR-pdf> [visitado el 22 de noviembre de 2021].

PAREJO, LUCIANO (2006): "La idea de la reforma del Derecho Administrativo General. Su planteamiento en España", en: Javier Barnés (Ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (Sevilla, Editorial Derecho Global), pp. 177-202.

PLUMER BODIN, M., ESPINOZA GALDÁMES, A. Y MUHR ALTAMIRANO, B. (2018): "El Programa de Cumplimiento", en: *Revista de Derecho Ambiental* (Nº 09), pp. 209-236. Disponible en: 10.5354/0719-4633.2018.48549 [visitado el 22 de noviembre de 2021].

RODRÍGUEZ, JOSÉ MARÍA (2016): *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

ROJAS, CHRISTIAN (2018): "Riesgos e institucionalidad ambiental chilena. Su presencia y configuración en la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) y en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA)", en: Dominique Hervé y Sebastián Riestra (Eds.), *Riesgos, Derecho y Medio Ambiente* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 77-112.

ROJAS, CHRISTIAN (2019): *Riesgos y Derecho Administrativo. Desde el control a la regulación* (Santiago de Chile, DER Ediciones).

SUNSTEIN, CASS (2006): *Riesgo y razón. Seguridad, Ley y Medioambiente* (Traducc. José María Lebrón, Buenos Aires, Katz Editores).

SUNSTEIN, CASS (2016): *La revolución de los derechos: redefiniendo el Estado Regulador* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces).

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2020): "Cuenta Pública Participativa SMA 2019". Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/download/cuenta-publica-participativa-sma-2019-2/> [visitado el 22 de noviembre de 2021].

SAAVEDRA, RUBÉN (2011): *Discrecionalidad Administrativa: Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing).

SCHAUER, FREDERICK (2004): *Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* (Traducc. Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Madrid, Editorial Marcial Pons).

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema* (Traducc. Mariano Bacigalupo, Javier Barnés, Javier García Luengo, Ricardo García Macho,

Alejandro Huergo, José María Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia, Francisco Velasco, Madrid, Marcial Pons - Instituto Nacional de Administración Pública).

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD (2012): “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo”, en: Javier Barnes (Coord.), Innovación y reforma en el Derecho Administrativo, 2ª edición (Sevilla, Global Law Press, Editorial Derecho Global), pp. 21-140.

SOTO, PABLO (2016): “Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, en: Revista *Ius et Praxis* (Año 22, Nº 2), pp. 189-226. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200007> [visitado el 22 de noviembre de 2021].

SPIEKER, Indra (2015): “Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación”, en: M. Mercè Darnaculleta, Indra Spiecker y José Esteve (Eds.), Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización (Traducc. Mario Garvin, Madrid, Editorial Marcial Pons), pp. 47-64.

URBINA, CECILIA (2013): “Desafíos de implementación de un nuevo modelo de cumplimiento y sanción ambiental: intervención pública y el reconocimiento de la autorregulación en el modelo de cumplimiento”, en: Revista *Legal Publishing* (p. 6). Santiago, Thompson Reuters. Disponible en: https://issuu.com/legalpublishing/docs/ljsj_n_63_30.08.2013 [visitado el 22 de noviembre de 2021].

VELASCO, FRANCISCO (2014): *Derecho público más Derecho privado* (Madrid, Marcial Pons).

VERMEULE, ADRIAN (2018): *La Abdicación del Derecho. Del Imperio del Derecho al Estado Administrativo* (Traducc. Luciano Parejo Alfonso, Valencia, Tirant Lo Blanch).

WAHL, RAINER (2013): *Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo Alemán* (Traducc. José Carlos Mardomingo, Madrid, Marcial Pons).

JURISPRUDENCIA CITADA

PASTENE SOLÍS CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2017): Segundo Tribunal Ambiental 24 de febrero de 2017 (reclamación), Rol R-104-2016, en: <https://tribunalambiental.cl/>.

LEÓN CABRERA CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2017): Segundo Tribunal Ambiental 20 de noviembre de 2017 (reclamación), Rol R-132-2016, en: <https://tribunalambiental.cl/>.

SOCIEDAD QUÍMICA Y MINERA DE CHILE S.A. CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2019): Segundo Tribunal Ambiental 17 de diciembre de 2019 (reclamación), Rol R-160-2017, en: <https://tribunalambiental.cl/>.

COMUNIDAD INDÍGENA ATACAMEÑA DE PEINE CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2019): Primer Tribunal Ambiental 26 de diciembre de 2019 (reclamación), Rol R-17-2019, acumuladas a R-18-2019 y R-19-2019, en: <https://www.1ta.cl>.

ASOCIACIÓN INDÍGENA AYMARA DE COPOSA CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2019): Primer Tribunal Ambiental 30 de diciembre de 2019, (reclamación), Rol R-25-2019, en: <https://www.1ta.cl>.

PASTENE SOLÍS CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2020): Segundo Tribunal Ambiental 29 de abril de 2020 (reclamación), Rol R-170-2018, en: <https://tribunalambiental.cl/>.

ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES Y EXPORTADORES AGRÍCOLAS DEL VALLE COPIAPÓ Y OTROS CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2021): Segundo Tribunal Ambiental 31 de agosto de 2021 (reclamación), Rol R-170-2018, en: <https://tribunalambiental.cl/>.

FUNDACIÓN LEGADO CHILE Y OTRO CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2022): Tercer Tribunal Ambiental 14 de abril de 2020, (reclamación), Rol R-15-2019, en: <https://3ta.cl/>.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Diario Oficial, 26 de enero de 2010.

Decreto Supremo N° 30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación. Diario Oficial, 11 de febrero de 2013.

Resolución Exenta N° 2124/2021 de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente, de 30 de septiembre de 2021. Diario Oficial, 6 de octubre de 2021.

Resolución Exenta N° 85/2018 de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, Superintendencia del Medio Ambiente, de 22 de enero de 2018. Diario Oficial, 31 de enero de 2018.

Guía, para la presentación de un programa de cumplimientos por infracciones a instrumentos de carácter ambiental. Superintendencia del Medio Ambiente, julio 2018.