

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia*
- ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga*
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México*
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**  
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*
- MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**  
*Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón*
- CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile*
- ✱ EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*
- OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)*
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*
- JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia*
- ✱ LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid*
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*
- RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)*
- MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*
- VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid*
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*
- ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania)*
- Miembro de la Comisión de Venecia*
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*
- LUCIANO PAREJO ALFONSO ✱**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid*
- CONSUELO RAMÓN CHORNET**  
*Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia*
- TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España*
- ELISA SPECKMANN GUERRA**  
*Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:  
[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# TRIBUNALES AMBIENTALES EN CHILE. A MÁS DE 10 AÑOS DE LA LEY N° 20.600

**KIM ECHEVERRÍA**  
COORDINADOR



**PRIMER  
TRIBUNAL  
AMBIENTAL**

**tirant lo blanch**  
Valencia, 2024

Plumer, Marie Claude. "Los Tribunales Ambientales. Se completa la reforma a la institucionalidad ambiental", en *Anuario de Derecho Público UDP*, ed. Javier Couso. Santiago: Ediciones UDP, 2013.

Tapia, Javier y Cordero, Luis. "La revisión judicial de las decisiones regulatorias", *Estudios Públicos*, n° 139 (2015).

Valdivia Olivares, José Miguel. "Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales", en *La nueva justicia Ambiental*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

## *Los programas de cumplimiento ambiental: un examen a su delineamiento responsivo*

GLADYS CAMACHO CÉPEDA<sup>1</sup>

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Regulación responsiva y el Programa de Cumplimiento en materia ambiental. 3. El PdC como herramienta dirigida al cumplimiento de la normativa e instrumentos de gestión ambiental. 4. Conclusiones. Bibliografía.

### 1. INTRODUCCIÓN

La vigilancia, protección y reparación ambiental que impida la extinción de especies, deforestación, pérdida de biodiversidad, contaminación de las aguas y del aire, etc., es hoy un objetivo planetario cuya urgencia en el marco del cambio climático ha impulsado la agenda de para el desarrollo sostenible. Existe, pues, una exigencia universal a la acción para proteger el planeta junto con la lucha contra la pobreza y elevar el bienestar de las personas. Ello tiene traducción en las metas conocidas como ODS, contempladas en la Agenda 2030 cuyo cumplimiento es un compromiso de Estado. Para alcanzar estos objetivos, resulta crucial armonizar tres elementos básicos: el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente, los que en su conjunto resultan esenciales para el bienestar de las personas y la sociedad.

Lejos ha quedado la visión que se enfocaba en la dinámica económica y la generación de excedentes como la principal fuente de desarrollo económico. En los tiempos que corren no es admisible plantear un desarro-

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho Administrativo, Coordinadora del Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Magíster en Administración Pública por el Instituto Nacional de Administración Pública de España y la Universidad de Alcalá (Madrid), miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. DOI: <https://orcid.org/0000-0003-4196-2372>.

llo económico solo basado en la potenciación de la actividad económica. Como sociedad, la preocupación por la necesaria sustentabilidad que impida comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades conlleva que los estándares de evaluación de los impactos ambientales se eleven y sean concordantes con estas preocupaciones sociales. El sistema de evaluación de impacto ambiental se ve interpelado en la revisión de los nuevos proyectos, pero particularmente, también la fiscalización y sobre todo el empeño por lograr el cumplimiento de la normativa ambiental, principal garante de los objetivos de sustentabilidad.

En el contexto reseñado el presente trabajo aborda el examen de un instrumento de gestión ambiental conocido como el Programa de Cumplimiento de la legislación ambiental, desde diversos ángulos: descriptivo de su práctica, analítico de su desarrollo jurisprudencial y las reflexiones doctrinales que se han producido y normativo, pero con la particularidad de emplear un enfoque administrativista que sin perder las consideraciones que provienen del particular sector de referencia en el que este instrumento se desarrolla busca aproximarse a dilucidar la racionalidad con la que este instrumento está evolucionando.

## 2. REGULACIÓN RESPONSIVA Y EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA AMBIENTAL

La regulación ha sido reconocida como una forma de actuación de la Administración del Estado caracterizada por su adaptabilidad a los objetivos de políticas públicas dirigidas a los mercados regulados o de especial incidencia económico-social, aplicando técnicas preponderantemente no imperativas -más blandas-, más concertadas, adaptadas y diversificadas<sup>2</sup>.

Ayres & Braithwaite entienden que la regulación que ellos califican como 'responsiva' es una estrategia de gobernanza (junto a otras más) y lo que la distingue es que su foco está situado tanto en lo que desencadena una respuesta regulatoria como en cuál será la respuesta del regulado<sup>3</sup>. En

<sup>2</sup> Camacho Céspedes, Gladys, *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Sustancial de la Administración del Estado*. Tomo IV (Santiago: Editorial Abelado Perrot - Legal Publishing, 2010), 299.

<sup>3</sup> Ayres Ian y Braithwaite, John, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate* (New York: Oxford University Press, 1992), 4. Disponible en: <http://john-braithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf> [consulta: 10 de enero de 2023]. Traducción propia al siguiente párrafo: "Re-

tal sentido, es importante que la regulación atienda a la estructura de la actividad o industria ya que la diversidad de estas conducirá a diferentes grados y formas de regulación. En esta combinación de factores el regulador no puede prescindir de las motivaciones de las empresas reguladas<sup>4</sup>. Con ello, Ayres & Braithwaite subrayan que la regulación responsiva tiene en consideración la capacidad de respuesta de los agentes regulados a la conducta deseada por el regulador. Ciertamente, a ello debe añadirse el conocimiento que los reguladores poseen sobre el efecto que su actividad regulatoria o el ejercicio de sus facultades de imponer reglas, conductas o cargas administrativas sobre los agentes regulados tiene sobre la conducta de estos<sup>5</sup>, todo lo cual incide en el cumplimiento de la legalidad, por ello es aconsejable la adopción de una forma de intervención estratégica.

Es sabido que dada la gran sensibilidad social que suscita la problemática ambiental tanto interna como internacionalmente, los Estados se han comprometido con el cumplimiento de metas concretas para hacerse cargo del daño ambiental que vive el planeta lo que ha impulsado el surgimiento de una variedad de instrumentos que se emplean para lograr que esos acuerdos se materialicen. La legislación ambiental en la gran modificación que introdujo la Ley N° 20.417 contempla, entre otros, el PdC que en parte expresa un enfoque responsivo.

Ahora bien, podemos examinar cuál es el enfoque responsivo que se aplica en el caso del PdC. Al respecto, la literatura especializada identifica dos enfoques antagónicos en la regulación responsiva o estilos de *enforcement*, denominación que se atribuye a las formas de cumplir la ley: el disuasivo o sancionador (*deterrence strategy*) y el enfoque persuasivo, a través del consejo, negociación y/o coordinación (*"compliance strategy"* o *"adaptive strategy"*). De acuerdo a los planteamientos de distintos autores, en el enfoque disuasivo se parte de la premisa de que las personas actúan racionalmente ante los incentivos generados por una sanción. De esa forma, se considera que la mayoría de sujetos regulados son seres «calculadores sin moral» (Kagan & Scholz, 1984) que solo cumplirán la ley

sponsive regulation is distinguished (from other strategies of market governance) both in what triggers a regulatory response and what the regulatory response will be".

<sup>4</sup> Ídem.

<sup>5</sup> Ochoa Mendoza, Francisco, "¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera "responsiva" la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos". *Revista Derecho PUCP*, n° 76 (2016), 154.

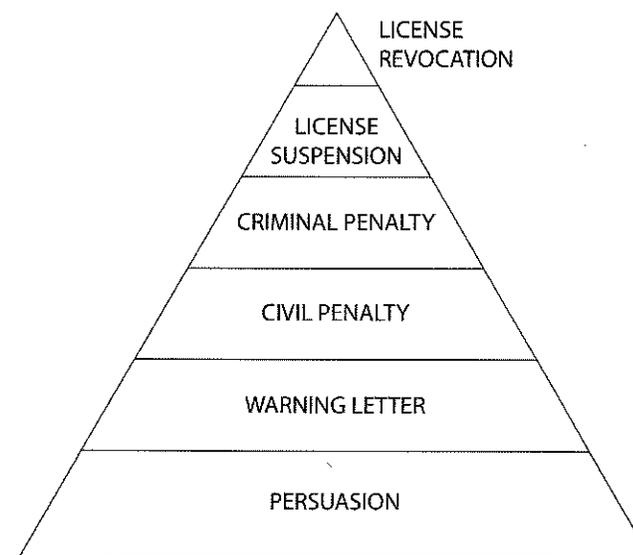
en la medida en que existan altas probabilidades de detección y cuando la sanción sea severa (Gunningham, 2012). Por otro lado, en el caso del enfoque persuasivo se prefiere la cooperación, negociación y diálogo entre el regulador y el regulado a fin de alcanzar el cumplimiento de las normas (Hawkins, 1984)<sup>6</sup>.

Con estas premisas, cabe preguntarse ¿a cuál enfoque responde el PdC?, ¿cuánta efectividad tiene?, ¿se cumplen los criterios exigidos para su aprobación? Según lo reseñado en los párrafos previos, la respuesta a la primera pregunta es claramente que en el caso del PdC el enfoque que se emplea es el disuasivo o sancionatorio, pues emplea una estrategia acusatoria y adversarial inconclusa, pero que se mantiene como una suerte de emplazamiento postergado que se vuelve a activar en caso de incumplimiento del PdC. Esta estrategia de intervención para su mejor resultado debiera estar acompañada con otras formas más “blandas”, que respondan a la estrategia de persuasión y orientación. Las medidas a aplicarse se ordenan gradualmente estructuradas, según Ayres & Braithwaite, en una “Pirámide de Cumplimiento” (*pyramid of enforcement strategies*), que propende a que en principio deben buscarse las medidas que afecten menos al regulado, mantenerse atentos a su respuesta y el nivel de cooperación que éste presta para solo escalar a los niveles más severos al final<sup>7</sup>. Un ejemplo de esta pirámide de cumplimiento se reproduce a continuación.

<sup>6</sup> Ochoa Mendoza, Francisco, Ochoa Mendoza, Francisco, “¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera “responsiva” la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos”, 166.

<sup>7</sup> “[...] we take this suggestion of the need for a range of sanctions a radical step further. This step was taken in Braithwaite’s *To Punish or Persuade* where the argument was first made that compliance is most likely when an agency displays an explicit enforcement pyramid [...] Most regulatory action occurs at the base of the pyramid where attempts are initially made to coax compliance by persuasion” (Ayres Ian y Braithwaite, John, 35).

Figure 2.1. Example of an enforcement pyramid. The proportion of space at each layer represents the proportion of enforcement activity at that level.



Fuente: Ayres & Braithwaite, *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*,<sup>35</sup>

Ahora bien, esos diversos instrumentos de intervención que caracterizan la regulación responsiva llevan a afirmar que la regulación que optimiza el cumplimiento es aquella que es oportuna y eventualmente cooperativa, severa e indulgente, según sea necesario. Lo cual requiere flexibilidad y actuación estratégica en función de los objetivos a alcanzar. En otra parte se intenta una aproximación a la diversidad de instrumentos regulatorios que se han identificado en el Derecho Comparado aplicables en la materia ambiental, proponiendo avanzar en un enfoque responsivo estratégico<sup>8</sup>.

La arquitectura institucional ambiental chilena se estructura en base al Ministerio de Medio Ambiente (órgano superior), el Servicio de Evaluación Ambiental (servicio público descentralizado sometido a supervigilancia del Presidente a través del MMA) y la Superintendencia de Medio Ambiente (entidad fiscalizadora descentralizada sometida a la supervigilancia del Presidente a través del MMA). Este modelo permite afirmar que

<sup>8</sup> Vid. Hervé Espejo, Dominique y Plumer Bodin, Marie Claude, “Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: el caso del Programa de Cumplimiento”. *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 87, n° 245 (2019): 11-49.

no hay muchas posibilidades para expandir, sino con una limitada discrecionalidad, el uso prioritario de instrumentos blandos del modo como sí ocurre en las agencias reguladoras surgidas en el derecho anglosajón, modelo de agencia que, en algunos casos, también se ha adoptado en países de la Unión Europea.

En particular las instituciones que integran los cuadros orgánicos de la Administración del Estado en materia ambiental adjudican a distintos órganos las funciones que las entidades reguladoras americanas suelen concentrar. Así, la EPA (Agencia de Protección Ambiental de USA) no solo ejecuta programas, campañas diversas, brinda asistencia técnica, otorga subvenciones, sino que también, regula, fiscaliza e impone sanciones<sup>9</sup>, constituyendo una parte importante de su misión la de hacer cumplir las leyes ambientales.

En el caso chileno, las superintendencias se multiplicaron junto al proceso de liberalización y privatización de actividades económicas, antiguos servicios públicos estatales, que en la década del 80 se devolvían a las reglas de juego del mercado. Algunas de estas actividades liberalizadas se desarrollan en sectores económicos estratégicos (como el mercado financiero, energía y telecomunicaciones) y otras en sectores de gran impacto social (seguridad social, agua potable y alcantarillado, salud, etc.) lo que justifica la intensa regulación y fiscalización que se ejerce sobre los agentes privados responsables del desarrollo de tales actividades. En correspondencia a la importancia de estas actividades, el Estado asumió la garantía del correcto funcionamiento de estos mercados en donde diversos agentes privados están presentes, esta misión en parte importante recae en las instituciones fiscalizadoras denominadas superintendencias que poseen un régimen de personal y remuneratorio especial (Decreto Ley N° 3.551 de 1980, que Fija Normas sobre Remuneraciones y sobre Personal para el Sector Público).

La definición que el art. 2° del Decreto Ley N° 3.551 da a las entidades fiscalizadoras es: "serán instituciones autónomas, con personalidad jurídica, de duración indefinida, y se relacionarán con el Ejecutivo a través de los Ministerios de los cuales dependen y se relacionan en la actividad", definición que coincide, sustancialmente, con la que consigna el art. 1° de la LOSMA. Estas entidades son estructuras que expresan la modalidad de actuación calificada como limitación u ordenación, que implica usar técnicas orientadas a restringir la libertad de acción de los particulares

<sup>9</sup> Vid. <https://espanol.epa.gov/>

con el objetivo que ésta se ajuste al interés común y por lo mismo, el principio de legalidad que rige las relaciones entre la Administración y los particulares, interpretado como vinculación positiva es particularmente intenso, esto es "*quae non sunt permissa prohibita intelliguntur*", fórmula que el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico traduce como "Lo que no está permitido se considera prohibido"<sup>10</sup>. En consecuencia, la SMA solo tiene las facultades que su ley orgánica le atribuye, las cuales cuando pueden afectar libertades o derechos de los privados debe tender a interpretarse en sentido estricto careciendo de esa flexibilidad que caracteriza a las entidades reguladoras del Derecho americano y que demandan las técnicas actuales de *compliance*. Por eso, aun cuando en el Derecho Comparado se encuentran una diversidad de instrumentos que las Administraciones públicas poseen para actuar, en el caso chileno la discrecionalidad es más acotada sobre todo tratándose de las formas de intervención ubicadas en los escalones intermedios y superiores de la pirámide de cumplimiento que se puede construir a partir de la regulación existente.

Con todo, el art. 42 de la LOSMA introduce el Programa de Cumplimiento como instrumento de intervención que puede ser empleado en el marco del procedimiento sancionador ambiental que la SMA ha incoado ante infracciones contempladas en el art. 35 LOSMA. A la luz de lo desarrollado hasta aquí es congruente señalar que el PdC es una medida de *compliance* ubicada en los escalones intermedios en la "Pirámide de Cumplimiento", cuya ilustración se reproduce líneas arriba. Escalones debajo de este instrumento están las medidas blandas de conciliación y persuasión (tales como, la asistencia al cumplimiento, requerimientos de información, cartas de advertencia, etc.). De este modo, el PdC se sitúa en un nivel intermedio, pues la consecuencia de su incumplimiento es una sanción administrativa, por encima de este escalón se ubican las eventuales sanciones más drásticas a los infractores más osados o pertinaces cuyo comportamiento debe ser detenido aplicando para ello sanciones más punitivas como pueden ser las penales, suspensión de la licencia o autorización o incluso la revocación de ésta.

Con ello, se abre ligeramente una oportunidad para acercarse a un modelo de intervención fiscalizadora que se enfoca más en el cumplimiento

<sup>10</sup> Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2016). Búsqueda: "quae non sunt prohibita intelliguntur". Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/quae-non-sunt-permissa-prohibita-intelliguntur>.

de la normativa ambiental que en la sanción de las infracciones cometidas por parte de los agentes económicos en relación con los instrumentos de gestión ambiental regulados en la LBGMA. Ello se conecta con una de las transformaciones que se inicia a fines del siglo pasado que pone más energía en establecer nuevas formas de relación entre el Estado y el ciudadano, que no se basan en el binomio mando-obediencia o subordinación-sujeción sino en los principios de buena fe y confianza legítima, que da lugar a un ejercicio del poder público que puede ser concertado y no exclusivamente unilateral, cual es la expresión típica del ejercicio de autoridad<sup>11</sup>. Ello nos conecta con la noción de gobernanza que enfatiza el rol de las redes de actores públicos y privados, así como los cuerpos intermedios, cuyo actuar cooperativo permite lograr metas más ambiciosas<sup>12</sup>.

### 3. EL PDC COMO HERRAMIENTA DIRIGIDA AL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA E INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

Si bien la literatura especializada propone el empleo de estrategias híbridas para lograr que la normativa ambiental sea eficaz, también subraya la necesidad que se logre la combinación precisa porque algunas son complementarias y otras no<sup>13</sup>.

Voces autorizadas han escrito acerca del PdC y examinado su regulación y la práctica de su tramitación<sup>14</sup>, así como también han examinado la herramienta sancionadora desde una perspectiva responsiva<sup>15</sup>. En este

<sup>11</sup> Morón Urbina, Juan Carlos, "La terminación convencional del procedimiento sancionador: la Administración concertada en materia sancionadora". *Themis-Revista de Derecho* N° 69 (2016), 55-70.

<sup>12</sup> García Machmar, William y Soto Monteverde, Francisca, "Los programas de cumplimiento en materia ambiental y el problema del impacto del cambio de circunstancias en su eficacia". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n° 33 (2021): 197.

<sup>13</sup> Gunningham, Neil, "Enforcing Environmental Regulation", *Journal of Environmental Law*, vol. 23, Issue 2 (2011): 184.

<sup>14</sup> Plumer Bodin, Marie Claude, Espinoza Galdames, Ariel y Muhr Altamirano, Benjamín (2018); García Machmar, William y Soto Monteverde, Francisca (2021); Hervé Espejo, Dominique y Plumer Bodin, Marie Claude (2019).

<sup>15</sup> Guilloff Titun, Matías y Soto Delgado, Pablo, "Sanciones Administrativas, Discrecionalidad y Revisión Judicial: una mirada desde la regulación responsiva", *La Nueva Justicia Ambiental*. Coord, Ferrada Bórquez y otros, (Santiago: La Ley, 2014), 101-124.

apartado se examinarán algunos aspectos importantes que se mantienen en discusión. Es importante mejorar el control regulatorio en materia ambiental dada la gran relevancia que este posee, por ello, es necesario también lograr una aplicación más estricta y encaminar que la herramienta sancionadora de las infracciones normativas logre una mayor eficacia en las correcciones que se buscan.

#### - Significación del PdC como instrumento de gestión responsiva

En primer lugar, es necesario abordar la significación de este instrumento a través de algunas cifras que reporta la SMA. En general, desde su año de instalación en 2013 hasta 2022 se han incoado 36.926 expedientes de fiscalización, los que en su gran mayoría (70%) se han iniciado por denuncias, seguido por el inicio a partir de informes de fiscalización (29%) y escasamente por autodenuncias (1%)<sup>16</sup>. Las infracciones ambientales en un 68,6 % se relacionan con normas de emisión y en un 13,8% a resoluciones de calificación ambiental. Sin embargo, en un alto porcentaje (el 79,8%) termina sin procedimiento sancionatorio dado que terminaron sin hallazgos mientras que el 20,2% conllevó un procedimiento de este tipo que implicó la formulación de cargos. De este modo, resulta que los procedimientos sancionatorios en el mismo período ascendieron a 2.022. En relación con éstos se presentaron, desde 2013, la suma de 1.212 PdC cuyo balance es: 170 continúan en análisis, 169 fueron rechazados y 873 han sido aprobados<sup>17</sup>. El balance final, es que 461 PdC están en ejecución mientras que 322 han terminado satisfactoriamente.

Existen datos alentadores sobre la potencialidad del PdC como instrumento eficaz para la promoción del cumplimiento ambiental. De un lado, en 2019, se señalaba que las multas cursadas bordearon los 17 millones de dólares. Mientras que las inversiones en PdC aprobados en el mismo año alcanzaron 83 millones de dólares<sup>18</sup>. Estos datos muestran la significación económica y la usabilidad del instrumento que justifica su potenciación junto a otras vías alternativas que pueden emplearse previo al procedi-

<sup>16</sup> Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental-SNIFA. Fiscalizaciones. Disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Estadisticas/Resultado/1>.

<sup>17</sup> Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental-SNIFA. Procedimientos Sancionatorios. Disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Estadisticas/Resultado/3>.

<sup>18</sup> Ministerio del Medio Ambiente, *Cuenta Pública Participativa* (2019), 27. Disponible en: <https://cuentaspublicas.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/05/Informe-Institucional-Cuenta-Publica-2019.pdf>

miento sancionatorio, en donde la flexibilidad de la actuación de la SMA, como órgano fiscalizador, es mayor y podría emplear técnicas más blandas para corregir las desviaciones ambientales de forma más expedita.

Pero al mismo tiempo existen aspectos críticos que se continúan agravando, pues a pesar de los esfuerzos de gestión desplegados por la SMA en 2022 se reportaba que aún existían más de 5 mil denuncias pendientes (que significan el 39% del total histórico) y cerca de 2.500 expedientes de fiscalización sin tramitación sancionatoria (11% del total histórico), que además corresponden a los de mayor complejidad. Ambos hechos podrían presionar también por un aumento de presentaciones de PdC que deben ser evaluados, aprobados y fiscalizados en su cumplimiento. Todo lo cual recae en el mismo servicio (la SMA) cuya dotación y recursos financieros requiere se aumentados con el fin de satisfacer la demanda proyectada al 2025<sup>19</sup>.

#### **-El PdC como forma de terminación del procedimiento administrativo sancionatorio**

El artículo 42 de la LOSMA permite una vez iniciado el procedimiento sancionatorio que el infractor presente un PdC que involucra un plan de acciones y metas que deberán ejecutarse dentro de un plazo que, si bien el infractor propone, corresponde a la SMA fijar discrecionalmente.

Es conveniente hacer una breve digresión respecto al procedimiento sancionador ambiental que ejecuta la SMA. Es a lo menos llamativo que la práctica procedimental de la SMA en materia sancionatoria en la etapa de iniciación sea desformalizada, pues lo primero que ocurre es la designación del o la fiscal titular y su suplente mediante Memorandum del Jefe de Departamento de Sanción y Cumplimiento de la SMA. En efecto, no se suele dictar una resolución a este respecto, no obstante que el nombramiento de la fiscalía es consecuencia de la decisión de iniciar un procedimiento sancionador. Esta práctica no atiende a lo preceptuado por la Ley N° 19.880 en su artículo 3° que dispone que las decisiones administrativas se expresan, por regla general, mediante decretos o resoluciones. En seguida, con el mérito de su nombramiento la fiscalía formula los cargos motivadamente y empieza propiamente la tramitación. No hay acto administrativo o resolución que ordene expresamente el inicio del procedimiento sancionador. En razón de lo señalado algunas guías

<sup>19</sup> Ministerio del Medio Ambiente, Cuenta Pública Participativa (2022), 34. Disponible en: <https://cuentaspublicas.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/Informe-Cuenta-Publica-Participativa-2022.pdf>.

de los servicios públicos con competencia ambiental, suelen señalar que el procedimiento sancionador se inicia con la formulación de cargos<sup>20</sup>.

Ahora bien, el artículo 47 de la LOSMA solo señala las formas y exigencias para iniciar un procedimiento sancionador ambiental (de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia), y como se ha señalado previamente la práctica aplicativa de la SMA ha conllevado que el procedimiento sancionador se inicie con la formulación de cargos. Este dato es relevante para la presentación del PdC, pues las metas y acciones del plan deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones (y sus efectos) en las que ha incurrido el sujeto responsable, las que están en directa relación con la formulación de cargos que se le imputan.

La presentación de un PdC en el marco del procedimiento sancionador da lugar a la tramitación de un procedimiento administrativo cuyo objeto es la evaluación y aprobación de la propuesta de plan de cumplimiento presentada. Ello habla de la flexibilidad que impone la función que debe cumplir la institución del procedimiento administrativo en la actualidad, especialmente para adaptarse al objeto y las circunstancias del caso<sup>21</sup>. Al respecto, es aplicable la representación poliédrica del procedimiento administrativo que propone Vaquer, lo que da cuenta de lo inadecuada que es la representación lineal del procedimiento administrativo. En esta ocasión, el procedimiento ligado a la aprobación del PdC se configura como un polígono irregular que está conectado con el procedimiento sancionador que claramente es el procedimiento principal. A resultas de la presentación del PdC no se impulsa el procedimiento sancionador hasta que el procedimiento especial termine con la decisión de aprobación o rechazo del PdC.

Ahora bien, los efectos de la finalización de este procedimiento “subordinado” cuyo objeto es la tramitación de un PdC son diferentes y genera diversos problemas. De un lado, si el PdC no se aprueba el procedimiento sancionador continúa su curso normal hasta determinar la eventual

<sup>20</sup> Corporación Nacional Forestal, *Guía de Fiscalización ambiental. Procedimiento y metodología para la Fiscalización Ambiental* (2021), 15. Disponible en: [https://www.conaf.cl/wp-content/files\\_mf/1634764205Gui%CC%81aFiscalizacio%CC%81nAmbiental\\_2021.pdf](https://www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1634764205Gui%CC%81aFiscalizacio%CC%81nAmbiental_2021.pdf).

<sup>21</sup> Vaquer Caballería, Marcos, “El procedimiento administrativo: cuestiones generales”, en *Lecciones de Derecho Administrativo*. Dir.: Menéndez, Pablo y Ezquerro, Antonio (Madrid: Civitas, 2019), 6. Disponible en: [https://www.academia.edu/38694551/EL\\_PROCEDIMIENTO\\_ADMINISTRATIVO\\_CUESTIONES\\_GENERALES?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/38694551/EL_PROCEDIMIENTO_ADMINISTRATIVO_CUESTIONES_GENERALES?email_work_card=view-paper) [consulta 10 de enero 2023].

responsabilidad y correspondiente sanción. Pero si ocurre que el PdC es aprobado surgen cursos divergentes aun cuando la LOSMA pareciera dejar aclarada la consecuencia jurídica, pues señala: “aprobado un PdC por la Superintendencia, el procedimiento sancionatorio se suspenderá” (inciso 4° del art. 42 de la LOSMA). La simplicidad de la consecuencia es efectiva si el PdC se cumple a cabalidad en los plazos establecidos por cuanto dicha ejecución se transforma en una causal de término del procedimiento sancionador (inciso 6° del art. 42). Sin embargo, la complejidad surge si debido al incumplimiento de las obligaciones contraídas en el PdC la SMA reinicia el procedimiento sancionador (inciso 5° del art. 42). Es previsible que la situación que dio lugar al inicio del procedimiento sancionador ya no sea la misma, puede haberse agravado debido a la falta de acción apropiada para remediarla, en consecuencia, las preguntas que surgen son: el reinicio del procedimiento sancionador ¿ocurrirá retro trayéndolo al momento de la presentación de los descargos? o más bien ¿el incumplimiento de las obligaciones contraídas en el PdC puede dar lugar a una ampliación de los cargos iniciales? Si la respuesta a la última pregunta fuera positiva el procedimiento sancionador en realidad se estaría transformando sustancialmente porque dejaría de tener su foco en las infracciones iniciales reenfoándose en los incumplimientos de las obligaciones contraídas en el PdC. Por razones de buen orden, la solución de suspensión entregada por el legislador en el inciso 4° de la norma en análisis no responde a una buena técnica. Lo adecuado hubiera sido determinar en conjunto con la aprobación del PdC la finalización del procedimiento sancionador determinando que el incumplimiento de un PdC dará lugar a un nuevo procedimiento sancionador en el que se puede mantener la regla de habilitar el duplo de la sanción que señala el inciso 5 del artículo antes referido.

#### - ¿El PdC se construye en clave de derecho subjetivo?

La regulación responsiva ambiental como se ha señalado atiende tanto a los objetivos que el regulador desea alcanzar como a las condiciones del regulado, su motivación, colaboración o afán de cumplir con la normativa ambiental. En ese sentido, la presentación del PdC dentro del plazo de diez días de iniciado el procedimiento sancionador con la notificación de la formulación de cargos, asiste al presunto infractor el derecho a presentar un PdC salvo que estuviera incurso en algunas de las circunstancias que

señala el inciso 3° del art. 42 de la LOSMA<sup>22</sup>. Ahora bien, este derecho garantiza la obligación de que el plan presentado sea evaluado con garantías de un debido proceso mas no se extiende a la aprobación del plan de cumplimiento, por lo que si bien la SMA puede realizar observaciones y otorgar asistencia técnica en su caso, a razón de lo cual se le permite al petionario revisar y enmendar su propuesta, la SMA no está obligada a una reiterada revisión hasta que aquel logre el estándar satisfactorio exigido. La SMA está facultada para apreciar con amplia discrecionalidad la idoneidad del plan sometido a su consideración, guiada por los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, si el PdC satisface adecuadamente las exigencias del caso. El Primer Tribunal Ambiental claramente ha seguido esta línea de interpretación cuando rechazó la alegación de vulneración del principio de contradictoriedad por parte del recurrente no dando lugar a reproche sobre la resolución de la SMA que rechazó el PdC, no obstante que según el recurrente “sus propuestas eran subsanables” y la SMA no dio “oportunidad a ajustarse al estándar buscado por ésta. Según el Primer Tribunal Ambiental:

“No sería posible concluir que la Superintendencia se encuentre en posición de especificar ni menos proponer acciones en forma sucesiva sólo hasta que el programa sea efectivamente aprobado. Lo anterior excluiría de plano la posibilidad de rechazar el programa” (considerando décimo quinto)<sup>23</sup>.

#### - El PdC es una forma limitada de expresión de la Administración Convencional

Ciertamente, que conforme a los elementos desarrollados en el apartado anterior el PdC se inscribe en una técnica de regulación responsiva que tiende a incentivar la efectividad del cumplimiento ambiental, la eficacia de la fiscalización ambiental en el logro de sus objetivos institucionales y, sobre todo, la protección ambiental permitiendo la pronta ejecución de las medidas correctivas de las infracciones detectadas.

Según Morón, la Administración Convencional en el procedimiento sancionador tiene la alternativa de escoger frente a una determinada ac-

<sup>22</sup> El artículo 42 LOSMA preceptúa: “No podrán presentar programas de cumplimiento aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental o hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por infracciones gravísimas o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves [...]”

<sup>23</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-4-2018 (06.06.2018), “Interchile S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

tuación particular, contraria al ordenamiento, o bien ejercer la potestad sancionadora o alternativamente, aceptar los compromisos del presunto infractor<sup>24</sup> aceptando la terminación convencional del procedimiento sancionador. Los matices del caso particular del instrumento que se comenta que lo alejan de la Administración Convencional, en primer lugar, se refieren a que quien tiene la facultad, dentro de un procedimiento sancionador, de optar por presentar un PdC es el presunto infractor (solo se niega este derecho en determinados casos establecidos en el inciso 3° artículo 42 de la LOSMA), por lo que la Administración no puede exigirle a éste que opte por este camino. En segundo lugar, el PdC no abre una etapa de negociación entre la autoridad fiscalizadora y el supuesto infractor propia de la Administración Convencional, sino que habilita a la SMA a evaluar y verificar que el PdC cumpla con las exigencias para ser aprobado, con arreglo de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad de las metas y acciones propuestas. Igualmente, el tercero interviniente en el procedimiento sancionador tampoco puede constituirse en una parte negociadora cuyas pretensiones el titular debe satisfacer a fin de obtener la aprobación del PdC. Los terceros podrán intervenir en el procedimiento de aprobación del plan de cumplimiento, pero la SMA aprobará o rechazará según estime si el PdC presentado cumple con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad exigidos por el art. 9 del Decreto Supremo N° 30, de 2012, del Ministerio de Medio Ambiente, que Aprueba el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (D.S. N° 30/2012).

Así las cosas, el PdC no reviste ni en la forma ni en el fondo una naturaleza convencional sino que es más bien un técnica que está en el límite del enfoque regulador disuasivo (*deterrence strategy*) que se sitúa muy cercano al enfoque persuasivo, pero que no logra encuadrarse en este aunque se diseñe en la lógica que “frente al endurecimiento de la respuesta sancionatoria del Estado por infracciones ambientales, el PdC [ha sido] pensado como una solución alternativa, no punitiva, que privilegia el cumplimiento de la normativa ambiental [...]” (considerando tercero)<sup>25</sup>.

En consecuencia, la resolución que aprueba el PdC reúne todas las características que da la definición que el art. 3° de la LBPA sobre el acto

<sup>24</sup> Morón Urbina, Juan Carlos, “La terminación convencional del procedimiento sancionador: la Administración concertada en materia sancionadora”, 60.

<sup>25</sup> Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-160-2017 (21.08.2018), “Pastene Solís, Juan Gilberto v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

administrativo: es una decisión unilateral formal, emitida en el ejercicio de una potestad pública que goza de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad, por lo que las obligaciones que establece pueden ser exigidas y su incumplimiento puede, eventualmente acarrear sanciones. Ahora bien, esta afirmación no es contradictoria con el hecho de que para la eficacia de la resolución del PdC se requiera el consentimiento del particular que instó su aprobación, como sucede con una diversidad de actos (por ejemplo, en el campo de la función pública el nombramiento en un cargo se perfecciona con la toma de posesión de éste por parte del titular). Este consentimiento de los términos en los que la SMA aprueba el PdC es la otra dimensión del derecho a presentar un programa. En tal sentido, el particular puede rechazar las modificaciones que la SMA introduzca en el plan, por considerarlo inapropiados, inviables o desproporcionados a los fines perseguidos y declinar de la opción de sustituir afrontar un procedimiento sancionador mediante el cumplimiento de un PdC. En este supuesto, la consecuencia será que el procedimiento sancionador continuará su curso normal y de haberse producido la resolución aprobatoria de un PdC ésta carecerá de eficacia si el particular rechaza los términos sancionados.

*- La SMA posee amplia discrecionalidad para evaluar la pertinencia de las metas y acciones propuestas en el PdC y decidir su aceptación o rechazo.*

La discrecionalidad administrativa se ha calificado como el caballo de Troya del Derecho Administrativo (Hans Huber)<sup>26</sup> y su control (especialmente el judicial) es visto como una necesaria superación de las inmunidades del poder. La literatura al respecto es amplia, pero lo que aquí importa destacar es que a este objetivo contribuye también el legislador reglamentario. Este es el caso del D.S. N° 30/2012, sin embargo, a pesar de este esfuerzo por acotar o limitar la discrecionalidad del ente fiscalizador aún permite concluir que el ámbito de discrecionalidad que la SMA tiene en relación con la aprobación de un PdC continúa siendo amplia sobre todo por la tecnicidad y complejidad de la materia ambiental. Una complejidad que se advierte para el adecuado y efectivo control de la discrecionalidad en la decisión por parte del ente fiscalizador es la introducción, por parte del D.S. N° 30/2012, de conceptos jurídicos indeterminados que se formulan como criterios de aprobación debidamente definidos por el reglamento, pero que su concreción resulta difícil. De ahí, la relevancia que tiene el examen de la jurisprudencia de los tribunales ambientales y destacar

<sup>26</sup> García de Enterría, Eduardo, “El control de los poderes discrecionales de la Administración”, *Revista de Derecho Público*, n° 17 (1975): 81.

la paulatina precisión que estos criterios van adquiriendo favoreciendo e intensificando el control de la discrecionalidad que tiene la SMA en la aprobación y rechazo de un PdC.

El citado reglamento introduce la obligación de la SMA de brindar asistencia los regulados (art. 3° D.S. N° 30/2012) sobre los requisitos y criterios para la presentación y aprobación de programas de cumplimiento incluyendo la comprensión de las obligaciones que emanan de ellos. La jurisprudencia ha interpretado que esta obligación de asistencia de la SMA la ha cumplido con la elaboración de una Guía para la Presentación de un Programa de Cumplimiento<sup>27</sup> que, en efecto, contiene un buen detalle de cómo debe presentarse y la información que éste debe precisar<sup>28</sup>. Con todo, los tribunales ambientales continúan exigiendo que la SMA siga perfeccionando la guía de apoyo para la elaboración de PdC para una mayor claridad y con ello, contribuir a mejorar a que la respuesta del proponente sea ágil, oportuna y concreta en el pronto cumplimiento de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad del art. 9° del D.S. N° 30/2012. Pero, sobre todo, desde la judicatura ambiental se subraya que “[...] es imperioso guardar congruencia, actitud y voluntad real de abordar los problemas que generan los incumplimientos de cualquier normativa, y en particular la ambiental, por cuanto afectan a terceros y a la sociedad en su conjunto”<sup>29</sup>.

Ahora bien, el reglamento aprobado por el D.S. N° 30 señala tres criterios de aprobación cuya interpretación por parte de los tribunales ambientales es importante considerar. El criterio de *integridad* contenido en la letra a) del artículo 9 del citado reglamento apela a que las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido incluyéndose los efectos de las mismas. La aplicación que hacen de este criterio los tribunales ambientales es cuidadosa en discriminar empleando como referente central los cargos formulados por la SMA. Así, si en diferentes cargos se reprocha por parte del órgano fiscalizador los mismos efectos, es razonable que estos se anulen, pues la

judicatura “[...] considera que existe un descarte de efectos” (considerando centésimo décimo)<sup>30</sup>.

En relación con el criterio de *eficacia* el cual según la letra b) del art. 9 del D.S. N° 30/2012 exige que las acciones y metas del PdC aseguren el cumplimiento de la normativa ambiental infringida, al mismo tiempo que deben contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción. El estándar de eficacia se enfoca en examinar si efectivamente, las acciones y metas propuestas en función de los cargos a los que debe responder el presunto infractor conlleva el freno, la reducción o eliminación de los efectos generados por los hechos infraccionales<sup>31</sup>. Ahora bien, es un criterio común de la judicatura ambiental que la exigencia legal de “[...] hacerse cargo de los efectos de la infracción no significa eliminar todos los espacios de incertidumbre [...], sino que hacer un análisis razonable que permita descartar que los efectos principales han sido abordados y cubiertos [...]” (considerando centésimo trigésimo tercero)<sup>32</sup>, en la reducción de esta incertidumbre puede ser muy útil hacer exigible que las modificaciones del PdC ingresen al SEIA<sup>33</sup>. Igualmente, la judicatura ambiental respaldándose en lo resuelto por la Corte Suprema ha sostenido que como la presentación de una propuesta de PdC supone implícitamente aceptar los cargos formulados, en el caso que el titular cuestione la existencia de efectos negativos que la SMA ha imputado a su conducta infraccional, corresponde al infractor la prueba en este punto a fin de acreditar la inexistencia de los efectos que se cuestionan. Mientras que a la SMA solo le corresponde probar la existencia del hecho infraccional contrario a la legislación ambiental aplicable<sup>34</sup>.

Por su parte, el criterio de *verificabilidad* de la letra c) del art. 9 del D.S. N° 30/2012 atiende a la necesidad de asegurar que el PdC contemple

<sup>30</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-21-2019 (27.10.2020), “Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

<sup>31</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-17-2019 (ac. R-18-2019 y R-19-2019), (26.12.2019), “Comunidad Indígena Atacameña de Peine v. SMA”, considerando vigésimo séptimo.

<sup>32</sup> Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-160-2017. En el mismo sentido se pronunció el Primer Tribunal Ambiental en la sentencia recaída en causa Rol R-21-2019.

<sup>33</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-21-2019, considerando vigésimo quinto.

<sup>34</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-17-2019 (ac. R-18-2019 y R-19-2019), considerandos ducentésimo décimo cuarto y ducentésimo décimo quinto.

<sup>27</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-4-2018 (06.06.2018), “Interchile S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”, considerando décimo quinto.

<sup>28</sup> Superintendencia del Medio Ambiente, *Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones tipo a instrumentos de carácter ambiental* (2018). Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/instructivos-y-guias/programa-de-cumplimiento/>. [consulta 10 de diciembre de 2022].

<sup>29</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-4-2018, considerando septuagésimo tercero.

mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento. Este criterio exige adoptar mecanismos idóneos y suficientes, que aporten la “[...] información exacta y relevante para evaluar el cumplimiento de cada una de las acciones propuestas, las que [deberán] guarda[r] armonía y sentido con los indicadores de cumplimiento respectivos” (considerando décimo octavo)<sup>35</sup>. Resulta de especial relevancia contar con datos de base válidos, como de los mecanismos y metodologías idóneas y pertinentes para asegurar la acreditación del cumplimiento futuro por parte del titular.

#### -¿Procede la consulta indígena (CI) en el procedimiento de tramitación de un PdC?

En esta materia de alta sensibilidad se han fijado algunos criterios para rechazar su procedencia cuando se evalúa la aprobación o rechazo de un PdC. En primer lugar, en el procedimiento sancionador, no se ha establecido una obligación de consulta indígena, por lo tanto la conexión que tiene el procedimiento sancionador (principal) con el procedimiento (secundario) que surge cuando el responsable de los cargos formulados opta por presentar un PdC con el fin de subsanar las infracciones incurridas, no cambia la naturaleza del procedimiento sancionador inicial, es decir, continúa siendo un procedimiento sancionador unidireccional que busca establecer la responsabilidad y la eventual sanción que corresponda<sup>36</sup>.

En segundo lugar, siendo la aprobación (o rechazo) de un PdC una decisión unilateral (no convencional) que por su conexión con el procedimiento sancionatorio la judicatura ambiental lo califica como una expresión singular de la potestad sancionadora que conlleva facultades correctivas que de no prosperar la aprobación del PdC pueden acarrear

<sup>35</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-42-2021 (08.10.2021), “Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

<sup>36</sup> “[...] se debe tener en cuenta que el procedimiento sancionatorio posee una estructura unidireccional, cuyo objetivo es determinar la existencia o no de una infracción de orden administrativa, para luego, en caso de ser procedente imponer una sanción al responsable de los cargos formulados; consiguiéndose así el restablecimiento de la legalidad. Sin embargo, frente al incumplimiento del titular, la ley le ha franqueado la posibilidad de presentar un PdC con el fin volver rápidamente a la senda del cumplimiento ambiental y así evitar la imposición de la sanción... Sin embargo, este hecho no torna al procedimiento en uno de naturaleza distinta, manteniendo el de sancionatorio ya que incluso la autoridad administrativa a cargo podría rechazarlo una vez verificado el cumplimiento del PdC, reiniciando las etapas propias de dicho procedimiento sancionatorio” (Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-21-2019, considerando centésimo sexagésimo tercero).

la imposición de sanciones administrativas<sup>37</sup> no se estima procedente la consulta indígena.

Finalmente, el colofón de este razonamiento por el que no se estima procedente la incorporación de la consulta indígena es que el PdC no responde al diseño que esta consulta involucra posibilitando “el diálogo intercultural entre los órganos del Estado y los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente con determinada medida legislativa o administrativa, con el objeto de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo a la implementación de las mismas” (considerando quincuagésimo segundo)<sup>38</sup>. En consonancia con ello, la aprobación de un PdC no es una decisión que el órgano fiscalizador pueda consultar o transar, pues su principal objetivo es ser eficaz en el retorno al cumplimiento de la correspondiente licencia ambiental en cuya tramitación sí se generaron las instancias de consulta indígena y los compromisos correspondientes, para lograr la protección ambiental<sup>39</sup> que en este proceso se intenta simplemente hacer cumplir.

#### 4. CONCLUSIONES

La vigilancia, protección y reparación ambiental es una de las tareas críticas en el complejo momento actual. Por esta razón, se debe dar un énfasis considerable a las técnicas que refuercen la sustentabilidad. A este respecto es especialmente importante la actividad fiscalizadora que pone el empeño por lograr el cumplimiento de la normativa ambiental. El desarrollo de la regulación responsiva ha introducido un abanico de instrumentos diferenciados que se jerarquizan según su naturaleza más disuasoria o persuasiva según sea su “dureza” o “blandura”. En este marco se examina el PdC como instrumento responsivo que se activa en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. El análisis realizado permite sostener que el PdC emplea un enfoque disuasivo o sancionatorio, pues se diseña con una

<sup>37</sup> “[...] la aprobación de los PdC por parte de la SMA consiste en una expresión más de la potestad sancionatoria que le es privativa y que está dentro de sus facultades correctivas otorgadas por ley, como también lo es la imposición de una sanción administrativa” (Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-21-2019, considerando centésimo sexagésimo cuarto).

<sup>38</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-17-2019 (ac. R-18-2019 y R-19-2019).

<sup>39</sup> Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-21-2019, considerando centésimo sexagésimo quinto.

estrategia acusatoria y adversarial inconclusa, pues se mantiene como una suerte de emplazamiento postergado que se vuelve a activar en caso de rechazo o incumplimiento del instrumento.

El funcionamiento del PdC como instrumento está condicionado por el diseño de la institucionalidad ambiental chilena, quedando a cargo de la entidad fiscalizadora que forma parte de la red de superintendencias en las cuales el principio de vinculación positiva es más intenso en la medida que sus facultades de ordenación son intensas, lo que termina por limitar la flexibilidad que la regulación responsiva demanda.

El PdC es un instrumento que se activa en el marco de la actividad sancionadora y puede calificarse como una medida de *compliance* ubicada en los escalones intermedios en la "Pirámide de Cumplimiento". El PdC como instrumento de *compliance* se enfoca más en el cumplimiento de la normativa ambiental que en la sanción de las infracciones cometidas.

Este trabajo ha buscado avanzar en la reflexión del PdC como herramienta de cumplimiento de la normativa ambiental, concluyendo que ha alcanzado una significación importante logrando obtener un volumen de inversiones orientadas a la protección ambiental en comparación con los recursos obtenidos por la imposición de sanciones.

El examen de los efectos que se producen a propósito de la presentación de un PdC permite concluir que se encuadra en una concepción más moderna del procedimiento administrativo que se puede expresar en una representación poliédrica del procedimiento administrativo dada su conexión con el procedimiento sancionador en el marco del cual se tramita su aprobación. La solución que da el legislador en los incisos 5° y 6° del art. 42 LOSMA es problemática y quedan abiertos distintos cursos en relación con la terminación del procedimiento sancionador que generan ámbitos de incerteza en la reactivación de este procedimiento.

Si bien el PdC se inscribe en las técnicas de la regulación responsiva de carácter disuasivo no reviste ni en la forma ni en el fondo un instrumento de naturaleza convencional lo que tendrá consecuencias en la decisión que aprueba o rechaza el instrumento que posee todos los elementos del acto administrativo definido por la LBPA.

Un análisis de los criterios jurisprudenciales de los tribunales ambientales ha permitido acercarse a la concreción de los criterios de aprobación de los PdC enriqueciendo la labor de la SMA. La judicatura ambiental luego de una década de funcionamiento se ha venido prestigiando por sus fallos que suelen contener una buena combinación de elementos de análisis técnico y jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- Ayres, Ian y Braithwaite, John. *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press, 1992. Disponible en: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Responsive-Regulation-Transce.pdf>.
- Camacho Céspedes, Gladys. *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Sustancial de la Administración del Estado*. Tomo IV. Santiago: Editorial Abelado Perrot - Legal Publishing, 2010.
- Corporación Nacional Forestal. *Guía de Fiscalización ambiental. Procedimiento y metodología para la Fiscalización Ambiental* (2021). Disponible en: [https://www.conaf.cl/wp-content/files\\_mf/1634764205Gui%CC%81aFiscalizacio%C%81nAmbiental\\_2021.pdf](https://www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1634764205Gui%CC%81aFiscalizacio%C%81nAmbiental_2021.pdf).
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2016). Disponible en: <https://dpej.rae.es/>.
- García de Enterría, Eduardo. "El control de los poderes discrecionales de la Administración", *Revista de Derecho Público*, n° 17 (1975): 81-96. DOI: <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i17.35203>.
- García Machmar, William y Soto Monteverde, Francisca. "Los programas de cumplimiento en materia ambiental y el problema del impacto del cambio de circunstancias en su eficacia". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n° 33 (2021): 195-226.
- Guiloff Titium, Matías y Soto Delgado, Pablo. "Sanciones Administrativas, Discrecionalidad y Revisión Judicial: una mirada desde la regulación responsiva", en *La Nueva Justicia Ambiental*. Coord. Ferrada Bórquez y otros. Santiago: La Ley, 2014, 101-124.
- Gunningham, Neil. "Enforcing Environmental Regulation", *Journal of Environmental Law*, vol 23, Issue 2 (2011).
- Hervé Espejo, Dominique y Plumer Bodin, Marie Claude, "Instrumentos para una intervención institucional estratégica en la fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental: el caso del Programa de Cumplimiento". *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 87, n° 245 (2019): 11-49. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100011>.
- Huamán Sánchez, Jorge. *La conveniencia de aplicar un enfoque responsivo para el cumplimiento de obligaciones en materia de servicios públicos de telecomunicaciones*. Tesis para optar el grado de Magister en Regulación de Servicios Públicos, Pontificia Universidad Católica del Perú (2017).
- Ministerio del Medio Ambiente, *Cuenta Pública Participativa* (2019). Disponible en: <https://cuentaspublicas.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/05/Informe-Institucional-Cuenta-Publica-2019.pdf>
- Ministerio del Medio Ambiente, *Cuenta Pública Participativa* (2022). Disponible en: <https://cuentaspublicas.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/Informe-Cuenta-Publica-Participativa-2022.pdf>.
- Morón Urbina, Juan Carlos. "La terminación convencional del procedimiento sancionador: la Administración concertada en materia sancionadora". *Themis-Revista de Derecho*, n° 69 (2016).

- Ochoa Mendoza, Francisco. “¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera “responsiva” la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos”. *Revista Derecho PUCP*, n° 76 (2016): 151-180. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>.
- Plumer Bodin, Marie Claude, Espinoza Galdames, Ariel y Muhr Altamirano, Benjamín. “El Programa de Cumplimiento: Desarrollo actual e importancia del instrumento para la solución de conflictos ambientales”, *Revista de Derecho Ambiental*, año VI, n° 9, enero-junio (2018).
- Superintendencia del Medio Ambiente. *Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones tipo a instrumentos de carácter ambiental* (2018). Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/instructivos-y-guias/programa-de-cumplimiento/>.
- Vaquero Caballería, Marcos. “El procedimiento administrativo: cuestiones generales”, *Lecciones de Derecho Administrativo*. Dir.: Menéndez, Pablo y Ezquerro, Antonio. Madrid: Civitas, 2019. Disponible en: [https://www.academia.edu/38694551/EL\\_PROCEDIMIENTO\\_ADMINISTRATIVO\\_CUESTIONES\\_GENERALES?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/38694551/EL_PROCEDIMIENTO_ADMINISTRATIVO_CUESTIONES_GENERALES?email_work_card=view-paper).

## Jurisprudencia citada

- Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-4-2018 (06.06.2018), “Interchile S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-17-2019 (ac. R-18-2019 y R-19-2019), (26.12.2019), “Comunidad Indígena Atacameña de Peine v. SMA”.
- Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-21-2019 (27.10.2020), “Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-42-2021 (08.10.2021), “Junta de Vecinos Kamac-Mayu N°19 v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-160-2017 (21.08.2018), “Pastene Solís, Juan Gilberto v. Superintendencia del Medio Ambiente”.