

Discrecionalidad de los Actos Administrativos: El Caso de la Potestad de Dictación de Medidas de Compensación Socioambiental

Leonardo Cofré Pérez^{1 2}

Sumario:

El siguiente trabajo analiza la forma y los problemas de la discrecionalidad administrativa en el derecho chileno, aplicado al caso de la potestad de dictación de medidas de compensación socioambiental. Para ello, se explica brevemente en qué consiste y cómo se legitiman las facultades discrecionales de la Administración (I), cuál es la regulación del modelo de compensación socioambiental (II.A) y la forma en que opera la discrecionalidad en este ámbito (II.B). Posteriormente, se observan algunos problemas que genera esa facultad en el derecho administrativo ambiental chileno (III) y se entregan algunas reflexiones finales y conclusiones (IV).

137

Abstract:

The following paper analyzes the shape and the problems of administrative discretion in Chilean law, particularly the discretionary power to issue socio-environmental compensation measures. The paper briefly explains the content of such measures, how to legitimize the discretionary authority of the Administration (I), the regulation of the socio-environmental compensation model (II.A1) and how discretion operates in this area (II . B2). Subsequently, the paper observes the emerging problems that prompted the creation of this authority in Chilean environmental administrative law (III) and offers a few final thoughts and conclusions (IV).

1 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Abogado. Magíster © en Derecho Público, Universidad de Chile. Investigador de la Facultad de Derecho, Universidad Mayor.

2 Agradezco los comentarios de Montserrat Castro.

I. LA POSIBILIDAD Y LEGITIMACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Para Cassese, el derecho administrativo originario se caracteriza por una serie de particularidades que lo constituyen como un espacio diferenciado del derecho común, entre las que se encuentran el respeto al principio de legalidad y el poder discrecional. A través de este último, se posibilita la facultad de elección de la Administración entre una pluralidad de soluciones, que son igualmente permitidas por el derecho objetivo.³

¿Qué tan cierta es esa afirmación? Para algunos, esto no es así. Tomás Ramón Fernández cuestiona esa conclusión señalando que la discrecionalidad, siendo el poder por excelencia de la Administración, está libre de toda fiscalización o control desde fuera, de justificarse o de dar cuenta de sí misma. La justicia administrativa, en este sentido, es simplemente una excepción que justifica la regla, pues sólo busca corregir los problemas más graves.⁴

En Chile, durante la primera mitad del siglo XX algunos autores sostenían que las facultades discrecionales se encontraban fuera del derecho, donde no regía el principio de legalidad. Se entendía por Iribarren, por ejemplo, que la potestad discrecional es la que “se ejerce, sin necesidad de reglamentación previa, para proveer a una necesidad pública, teniendo en vista el fin que a la función se le atribuye, y para cumplirlo”.⁵

Actualmente, sin embargo, es posible concebir la discrecionalidad administrativa como un atributo inevitable de la Administración⁶, incluso en aquellas posturas más reacias a su adscripción⁷, que encuentra su legitimación en el Derecho y en las circunstancias abrumadoras de la realidad.

3 CASSESE, Sabino. La Globalización Jurídica, Madrid, Marcial Pons., 2006, pp. 180-181.

4 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial, Madrid, Editorial Tecnos S. A., 1994, p. 27.

5 IRIBARREN, Juan Antonio. Lecciones de Derecho Administrativo, Tomo I, 1936, p. 31. Citado por MORAGA, Claudio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VII, La actividad formal de la Administración del Estado, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile - Abeledo Perrot., 2010, pp. 33-34.

6 En este sentido, *ibid.*, p. 34-35.

7 En efecto, incluso en aquellas posturas que miran con buenos ojos una expansión del control judicial a ámbitos tradicionalmente reservados a potestades discrecionales, se acepta un espacio absoluto, un “residuo” de discrecionalidad que no puede ser controlada. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *op. Cit.*

En el ámbito normativo, encuentra su justificación pues como señala Cassese, la discrecionalidad es un espacio de elección posibilado por el derecho. Tras esta facultad se encuentra una habilitación normativa por la cual la Administración puede tomar decisiones. Por esta razón discrecionalidad no significa “libertad” de elección. Como explica Schmidt-Assman, en un ámbito discrecional la Administración no actúa libremente, ya que por tratarse de un poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según el marco de habilitación dado por la ley y los parámetros de actuación establecidos.⁸ Mediante esta argumentación puede superarse un alegato recurrente en esta materia, que confunde discrecionalidad y arbitrariedad.

Una segunda fuente de legitimación puede encontrarse en la referencia a la realidad. Hoy pareciera que la discrecionalidad se ha revalidado, en atención a los nuevos escenarios que a nivel interno e internacional se presentan. En efecto, se ha dicho que estamos en presencia de una “sociedad del riesgo”⁹, en la que debido al avance tecnológico y el mayor flujo de personas y productos surjan nuevos peligros, que deben ser regulados.¹⁰ Estas respuestas muchas veces deben ser rápidas y detalladas, y quien se encuentra en la mejor posición para resolver la regulación del peligro es la Administración.

De allí que la discrecionalidad se conciba ahora desde una perspectiva de actuación, y ya no como una función de control (como delimitador de funciones). En este sentido, se le ha entendido como “una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”.¹¹

139

Relacionado con todo lo anterior, la discrecionalidad encuentra cabida en un estado democrático de derecho dadas las funciones establecidas para cada poder público. Debido al carácter general de la ley, y los tiempos del proceso legislativo, no se le puede entregar al poder legislativo la función de regular todas las situaciones que emanan de la sociedad. Ello justifica el poder reglamentario y decisorio de la Administración, pero no necesariamente la facultad discrecional, por lo que el argumento de la

8 SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema, Madrid, Marcial Pons., 2003, pp. 221-222.

9 Cfr. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2006.

10 SUNSTEIN, Cass R. Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución, Madrid, Katz Editores, 2009, pp. 11-17.

11 SCHMIDT-ASSMAN, E., op. cit., p. 220.

generalidad o de la vaguedad de la norma legal deja a medio camino la justificación.

Ahora bien, la actividad administrativa no puede ya considerarse como mera ejecución de ley, pues dada la necesidad de actuación, satisface el interés general aplicando las leyes. Esa aplicación dependerá del contenido de las normas legales. Lo que se argumenta por buena parte de la doctrina es que ese contenido ha cambiado en las últimas décadas. La ley no se entiende sólo como instrumento de protección de la libertad o de la propiedad, sino que también se comprende como un instrumento de dirección o programación de la acción administrativa.¹² Se trata, a juicio de Parejo, de un cambio en la relación administración-ley de “vinculación positiva” a “vinculación estratégica”.¹³

A pesar del relativo acuerdo que existe en cuanto a la aceptación de la discrecionalidad administrativa, es una institución que puede ser peligrosa, ya que puede fácilmente transformarse o perder legitimidad si no se delimita adecuadamente, lo que tiene que ver en buena parte con cuáles son las atribuciones del juez en ese espacio.

II. DISCRECIONALIDAD EN LAS MEDIDAS DE COMPENSACIÓN SOCIOAMBIENTAL

Un buen ejemplo para analizar la discrecionalidad de la Administración y sus problemas es el caso de la facultad de dictación de medidas de compensación socioambiental en un procedimiento de estudio de impacto ambiental (“EIA”), al momento de dictar el acto final de ese proceso, la resolución de calificación ambiental (“RCA”).

A. ¿Qué entendemos por compensación socioambiental?

La figura de compensación es un elemento dentro del conjunto de medidas que en un proyecto o actividad sometido a un EIA, puede dictar la autoridad con el objeto de hacerse cargo de los efectos negativos tolerados

¹² SÁNCHEZ MORÓN, M., op. cit., pp. 31-33.

¹³ *Ibid.*, p. 34.

pero no reglados en el medio ambiente.¹⁴ Señala el artículo 16 de la ley N° 19.300 (“LBGMA”) que un EIA será aprobado si cumple con la normativa y se hace cargo de los efectos, características o circunstancias señalados en el artículo 11, a través de medidas de mitigación, compensación o reparación adecuadas. A diferencia de lo que ocurre en otros casos de compensación (tratándose de emisiones, por ejemplo), el modelo regulatorio de compensación en el SEIA considera como objeto de las medidas a los elementos relevantes del medio ambiente, y no factores “externos”, como la contaminación.

Específicamente, el modelo se detalla en el Párrafo Primero del Título VI del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“RSEIA”). El artículo 60 señala que las medidas de compensación tienen por objeto “producir o generar un efecto positivo alternativo y equivalente a un efecto adverso identificado”. De allí que Vergara y Leyton concluyan que la compensación en el SEIA implica “reemplazar un bien por otro que se pierde, existiendo algún grado de equivalencia en dicha transacción, y una relación entre la pérdida sufrida por el medio ambiente y el efecto positivo alterno que se pretende causar”.¹⁵ Además, el artículo 61 establece dos requisitos en relación a la idoneidad de estas medidas: debe tratarse de bienes “similares” (no exactamente iguales) y la compensación debe producirse en aquellos lugares donde se presenten o generen los efectos adversos del proyecto o actividad.

141

En cuanto al primer requisito, la similitud se apreciará en la existencia de un balance del bien perdido respecto del bien generado. Esto quiere decir que no puede existir una pérdida global para el medio ambiente, pero tampoco la autoridad ambiental podría exigir medidas que van más allá de lo equivalente.¹⁶ Este es un criterio interesante, ya que como se explicará más adelante, su inclusión en el referido Reglamento permite definir y delimitar el ámbito de discrecionalidad del administrador.

14 Una institución similar puede encontrarse en el procedimiento de declaración de impacto ambiental. Se trata de los compromisos ambientales voluntarios contemplados en el art. 18 inciso 2° LBGMA. Según Bermúdez, estos compromisos pueden contemplar el ofrecimiento de compensaciones en otros medios. En BERMÚDEZ, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007, p. 193.

15 VERGARA, Javier & LEYTON, Patricio. Compensación de Recursos Naturales en el ordenamiento jurídico chileno. En Revista de Derecho Ambiental, 1, 2003, pp. 97-117., p. 105.

16 Ibid., pp. 110-111.

El segundo requisito se refiere a la distancia tolerada entre el lugar en que se compensará y aquél donde se produjo la afectación. El RSEIA no es preciso en este punto, porque exige que la compensación se lleve a cabo “en el mismo lugar” (lo que en ocasiones no será posible), pero se puede interpretar su adscripción al principio de la cercanía.¹⁷

En principio, las medidas de compensación reguladas en el derecho ambiental sólo tienen por objeto generar efectos en el medio ambiente, lo que significa que consideraciones económicas o sociales no debieran quedar comprendidas en las presentaciones o decisiones administrativo-ambientales. Esto produce en principio el fortalecimiento del carácter técnico que quiere dársele al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

Sin embargo, en la práctica las presentaciones de EIA agregan consideraciones sobre los efectos sociales y económicos que el desarrollo de la actividad o proyecto tendrá.¹⁸ Por ello, “datos tales como número de empleos directos e indirectos, monto de las inversiones, mejoras en infraestructura, etc., no sólo se encuentran habitualmente dentro de las presentaciones de proyectos de cierta envergadura, sino que estos se destacan de sobremano dentro de las bondades del mismo”.¹⁹

142

Así, por ejemplo, el caso del proyecto “Hidroaysén” demuestra esa afirmación. En su presentación de 9 de mayo de 2011, el titular presenta sus ofrecimientos en materia de compensación como parte de su política de responsabilidad social empresarial. En el documento se presentan medidas en materia de infraestructura, turismo, desarrollo sociocultural, fomento del sector agropecuario y del capital humano, y contratación de mano de obra y servicios locales. Llama la atención la posibilidad de “integrar al menos 20% de mano de obra local en la fase de construcción del proyecto, lo que incluye capacitación en oficios especializados”.²⁰

Pues bien, frente a estas confusiones, deberíamos preguntarnos si es

17 Ibid., pp. 111.

18 Para Bermúdez, esto sucede porque en definitiva la aprobación ambiental del proyecto depende, en último término, de un organismo de corte político y no estrictamente técnico. BERMÚDEZ, Jorge, op. cit., pp. 204-205.

19 Ibid.

20 HIDROAYSÉN S.A., 2011. Téngase presente de 9 de mayo de 2011, en procedimiento de Estudio de Impacto Ambiental ante el Servicio de Evaluación Ambiental de la IX Región.

posible la dictación de medidas de compensación que no se refieren a recursos naturales sino que a los aspectos socioculturales del ser humano. A mi juicio, ello es normativamente legítimo, por lo que se puede afirmar la existencia de un espacio normativo para la proposición y dictación de medidas de compensación socioambiental dentro del SEIA.

Esta conclusión se puede fundar en diversos argumentos. Primeramente, el concepto jurídico de medio ambiente incluye elementos humanos o culturales, y no sólo por los recursos naturales que nos sirven de escenario y sustento. Así se desprende, por ejemplo, de la definición de medio ambiente que entrega la LBGMA (Artículo 2 letra II), y de los criterios de reasentamiento de comunidades humanas y de alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (Artículo 11 letra c) LBGMA).

Para sostener esta afirmación también se puede mencionar que lo excluido del sistema son aquellas consideraciones que no tengan *trascendencia ambiental*, pero como bien explica la teoría de la “justicia ambiental”, las condiciones sociales o económicas pueden tener impactos significativos en esta materia.²¹

Con todo, el proyecto de nuevo reglamento del SEIA no deja dudas acerca de la aceptación de esta potestad. En efecto, el artículo 2 letra j de ese cuerpo normativo señala, al llenar de contenido el artículo 11 de la LBGMA, que los impactos ambientales pueden ser ecosistémicos o socioambientales. Los segundos serán aquellos que “que se manifiestan en la población, grupos humanos y sus elementos socioculturales. Estos impactos pueden generarse debido a las partes, obras o acciones del proyecto o actividad o como consecuencia de la alteración de los ecosistemas con los que interactúa”.

En resumen, existen razones jurídicas para aceptar la posibilidad de presentar y exigir planes de compensación socioambiental. Pero es aquí donde la interrogante acerca de los límites y la legitimidad de

21 Vid. HERVÉ, Dominique. Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, XXIII, 2010, pp. 9-36.

la discrecionalidad adquieren suma importancia, ya que debido a la naturaleza del objeto de estas medidas, podrían introducirse motivaciones no consideradas o producirse consecuencias dañinas para la convivencia social.

B. ¿Cómo opera la discrecionalidad en la compensación socioambiental?

Como se dijo, las medidas de compensación socioambiental proceden en un procedimiento administrativo en el que se ejerce una potestad pública. Quien las dicta es la autoridad ambiental competente (Comisión de Evaluación Ambiental o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, según el territorio afectado) en el acto terminal de este proceso: la RCA. De este modo, en la práctica, la autoridad determina que las medidas propuestas por el titular del proyecto o actividad son apropiadas para hacerse cargo de los impactos ambientales negativos, y si no es así o no se han presentado propuestas de medidas, la autoridad dicta aquellas que considera necesarias, imponiéndolas al particular.²²

144

Así, por ejemplo, en el caso de la RCA sobre el proyecto Hidroaysén, se considera que el proyecto produce los efectos del art. 8 del RSEIA (impacto sobre grupos humanos). La mayoría de los impactos descritos en este numeral ocurren principalmente en la etapa de construcción del proyecto, y son las que determinan los efectos sobre las distintas dimensiones de los grupos humanos que están en su área de influencia. En la etapa de operación no se emplazarán nuevas instalaciones, por lo que no se generarán efectos significativos sobre los grupos humanos.²³

Específicamente, se establece que un impacto socioambiental consiste en la “disminución de la disponibilidad en la planta turística existente en Cochrane, producto de la llegada de personas directa e indirectamente relacionadas con el proyecto”. Como ese impacto se considera relevante y no existe una norma expresa que lo regule, se determina que sólo a través

22 BARROS, Alberto. Regulación y Discrecionalidad en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El procedimiento administrativo como garantía procedimental. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile., 2009, pp. 127-128.

23 SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. Resolución de Calificación Ambiental del Proyecto Hidroaysén, 2011. p. 174.

de una medida de compensación puede cumplirse con lo dispuesto por la ley, que consiste en la “capacitación de recursos humanos”²⁴

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE DICTACIÓN DE MEDIDAS DE COMPENSACIÓN SOCIOAMBIENTAL

A. El problema de la delimitación del espacio de discrecionalidad

Debido a que la dictación de este tipo de medidas se produce en aquellos casos en que los impactos ambientales no han sido traducidos por el ordenamiento jurídico en reglas de autorización (por ejemplo, aquellas que declaran los máximos niveles de emisiones),²⁵ esa posibilidad de intervención dependerá de la existencia, densidad y pertinencia de la normativa sectorial aplicable al proyecto o actividad sometido al EIA²⁶, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los elementos reglados en una RCA, tras la reforma producida por la ley N° 20.417, al otorgar carácter vinculante al Informe Consolidado de Evaluación (agregando el artículo 9 bis LBGMA), de modo que no podría rechazarse un proyecto evaluado favorablemente por cumplir con la normativa.

Esto no significa en ningún caso que la dictación de medidas de compensación (o de mitigación y reparación) escape al control de legalidad del ordenamiento jurídico. Como se ha explicado, la discrecionalidad es un espacio donde la Administración puede transitar adoptando aquella decisión que en virtud del interés general estime pertinente, respetando los límites de ese ámbito dado por una habilitación legal consciente y expresa.

²⁴ Ibid.

²⁵ Esta idea es fortalecida en el proyecto de nuevo RSEIA, al señalar en su artículo 57 que “Para los efectos de este Reglamento se entenderá por aspectos normados, aquellas materias regladas en sus supuestos y resultados, de manera que exista una sola consecuencia jurídica. De este modo, no constituyen aspectos normados aquellos asuntos sujetos a discrecionalidad técnica en la evaluación”.

²⁶ Me parece que una idea similar está detrás de la conclusión de Bermúdez acerca del SEIA como un espacio de control de legalidad y no de evaluación del impacto ambiental, aunque no pueda desconocerse que las agencias involucradas realizan de todas formas una evaluación. Sin embargo, señala este autor, en “dicho examen es siempre enfrentando el impacto con la normativa. Ello querrá decir que habrá una relación directamente proporcional entre el resultado de la evaluación del impacto ambiental y la calidad de la normativa con la que se contrasta el proyecto. En la medida que el ordenamiento jurídico ambiental sea muy permisivo o responda excesivamente a la idea de norma de compromiso, la evaluación será débil. Por el contrario, en la medida que aquél sea completo y adecuado al nivel de desarrollo del área donde se pretende aplicar, la evaluación será ambientalmente idónea”. BERMÚDEZ, Jorge, op. cit., p. 217.

En este caso, ese espacio se encuentra delimitado a través de varias técnicas. La primera es la de considerar la habilitación legal en sí misma. Como se dijo, la potestad entregada a la autoridad ambiental para dictar medidas de compensación socioambiental, se restringe a aquellos impactos no reglados en el medioambiente. Por lo tanto el primer límite se configura a través de la definición legal y reglamentaria de “impacto ambiental”.

En este sentido, ayuda a esa tarea la incorporación de una definición de “impacto socioambiental” en el proyecto de nuevo Reglamento (más allá de la discusión que pueda darse en relación con su contenido), pues permite clarificar las fronteras de esta potestad. Asimismo, este objetivo se cumple con los artículos 60 y 61 del actual RSEIA, que establecen requisitos para considerar cuándo una medida concreta dictada por la autoridad se encuentra dentro de ese espacio de discrecionalidad.²⁷

En resumen, se puede afirmar que los límites de la discrecionalidad dependerán de la calidad de los marcos normativos con que se delineen sus bordes y de la actitud que los órganos de control asuman al ejercer sus atribuciones. En último término, la vaguedad residual puede colmarse a través del auxilio de la jurisprudencia y doctrina autorizada.²⁸

B. El rol y los límites del control judicial

La posibilidad y el *quantum* del control judicial en la discrecionalidad administrativa ha sido objeto de un viejo y largo debate. En España, por ejemplo, se alegó por la doctrina que la discrecionalidad es un pequeño espacio donde la jurisdicción no puede intervenir. Pero luego surgieron voces que reclamaron un fenómeno de “exceso de jurisdicción” que transgredía los límites del administrar y el juzgar, criticando la superposición de funciones del juez en la Administración, al crear normas ya no de aplicación particular al caso concreto, sino que de contenido general.²⁹

27 Astaburuaga señala otros requisitos doctrinarios que pueden ayudar a una mayor delimitación no sólo de las medidas de compensación sino que también de las de reparación y mitigación, a saber: (i) efectivas, (ii) ambientales, (iii) practicables o materializables, (iv) localizadas, (v) fundadas (proporcionales) y (vi) equivalentes. ASTABURUAGA, Felipe. La discrecionalidad administrativa en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Actividad formativa equivalente a Tesis para optar al grado académico de Magíster en Derecho Ambiental, Universidad de Chile, 2010, pp. 115-128.

28 MORAGA, C., op. cit., pp. 38-39.

29 La explicación del debate español en SÁNCHEZ MORÓN, M. Op. cit., pp. 19-35.

Con todo, nadie niega la necesidad e importancia del control judicial en la discrecionalidad administrativa. Pero lo que ocurre, en virtud del principio de separación de funciones, es que el control externo a la Administración recae en los bordes de este espacio de discrecionalidad, impidiendo que se sustituya la decisión de la Administración por la del juez, a menos que se exceda el marco de elección jurídicamente permitido, considerando también los principios de eficiencia y eficacia, y la vinculación a la protección del bien común.³⁰

En este sentido es valiosa la descripción en el RSEIA de ciertos requisitos que deben cumplir las medidas de compensación, lo que permitirá también controlar a los controladores (tribunales y la Contraloría General de la República), quienes pueden transitar de una actitud deferente a una posición activista.³¹

Estas prevenciones son importantes en el caso de la potestad de dictación de medidas de compensación socioambiental, pues su carácter genérico y discrecional lo acercan mucho a decisiones de política pública, lo que puede tentar a los jueces a ubicarse en posiciones activistas.

En este sentido resulta ejemplificador por su correcta comprensión de las funciones judiciales, el fallo de protección dictado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago contra las medidas de compensación dictadas por la COREMA de la Región Metropolitana en el proyecto de tratamiento del 100% de las aguas servidas de la comuna de Santiago (RCA N° 266, de 1 de abril de 2009).³²

147

Frente a una alegación del recurrente que considera ilegales y arbitrarias las medidas de entrega gratuita de agua a un grupo de agricultores, y la realización de una serie de obras civiles adicionales a las contempladas en el proyecto, la Corte resuelve que, en primer lugar, “la actuación de la

30 MORAGA, C., op. cit., p. 37.

31 Ese transitar ha sido explicado por CORDERO, Luis. Entre la deferencia, los estándares de control judicial y los procedimientos administrativos. Comentarios a las sentencias sobre el caso “Celco”. En Revista de Derecho Público, 2005, 68., y CORDERO, Luis. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después. En : COUSO, Javier. (ed.) Anuario de Derecho Público 2010. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.

32 I. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Sentencia en recurso de protección Rol N° 6312/2009 de 22 de octubre de 2009.

recurrida no es ajena al control por esta vía si en su proceder ha incurrido en ilegalidad al emitir pronunciamiento sobre un determinado proyecto o si resuelve en forma arbitraria, vulnerando con ello garantías,³³ y luego que “los aspectos cuestionados escapan al ámbito de aplicación de la presente acción cautelar, no siendo esta la instancia para resolver la contienda propuesta en los términos planteados desde que no es dable calificar, en esta sede, la pertinencia de los resguardos adoptados por la autoridad técnica llamada a decretarlos”,³⁴ rechazando finalmente el recurso interpuesto.

Como se puede apreciar, en este caso se observa una deferencia a la Administración en el ámbito de la discrecionalidad técnica, lo que se condice con una comprensión adecuada de la función jurisdiccional en un estado democrático de derecho.

C. Relación de la técnica y la política

Por último, impacta en la potestad discrecional la composición del órgano facultado con esa atribución. En el caso del SEIA, la opción del modelo por órganos decisorios con un carácter político, rompe con la idea tradicional de este sistema como un instrumento de gestión eminentemente técnico. En efecto, la composición de la autoridad encargada de dictar las medidas de compensación, podría llevar al abandono de justificaciones técnicas en beneficio de argumentaciones de política contingente.³⁵ Este es un problema especialmente notorio en el caso de medidas de compensación socioambiental, pues ese espacio se puede confundir fácilmente con atribuciones decisorias de política pública, que escapan totalmente al ámbito de competencias de la autoridad ambiental.

33 Ibid., considerando 6º.

34 Ibid. Considerando 10º.

35 Esta idea está presente en HERVÉ, Dominique & PÉREZ, Raimundo (eds.). Derecho Ambiental y Políticas Públicas, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales., 2011, pp. 91-92.

IV. CONCLUSIONES

La discrecionalidad administrativa es una facultad que permite a la Administración la elección de cualquier solución dentro de un catálogo de posibilidades, que son igualmente permitidas por el derecho. Este poder es inherente a la Administración, encontrándose legitimada por el principio de separación de poderes y la estructura del Estado, por su vinculación con el derecho objetivo, y atendiendo a las circunstancias de la realidad actual.

La libertad de elección que poseen los órganos administrativos con esta potestad no es absoluta, pues como lo indica cierta doctrina, ella está limitada por el derecho, es decir, el ámbito de elección está limitado por un marco de habilitación legal expresa y consciente, que el mismo derecho determina. Es por ello que el administrador puede elegir (y por lo tanto actuará) entre opciones igualmente válidas, en atención a la protección del interés general.

Las potestades discrecionales de la Administración también se encuentran justificadas por razones prácticas. Los nuevos escenarios globales, el advenimiento de una “sociedad del riesgo” y la lentitud de los tiempos legislativos, exigen una actitud proactiva de las agencias administrativas. Además, se pueden constatar las nuevas concepciones de la ley, y su relación con el reglamento, pues la primera es entendida también como un instrumento de dirección o programación de la acción administrativa.

Sin embargo, es una institución que requiere de la delimitación precisa de sus bordes, para una mejor comprensión de las competencias de los órganos que las reciben, y para aclarar el rol y los límites del control judicial. Para ello adquiere suma importancia la creación de contenido de normas y conceptos que permitan esa clarificación.

El caso de la potestad de dictación de medidas de compensación socioambiental de la autoridad ambiental, en un procedimiento de EIA, es un buen ejemplo para revisar estas consideraciones. La figura de la compensación es una de las formas que tiene la Administración para hacerse cargo de los efectos negativos tolerados pero no reglados en el medio ambiente. Ellas tienen por objeto generar efectos positivos

alternativos y equivalentes a un efecto adverso identificado.

En principio, la compensación en materia ambiental está pensada para la generación de efectos medioambientales, pero también es posible considerar efectos sociales y económicos, debido a que el concepto de medio ambiente que entrega la normativa considera el elemento humano. Por ello se concluye que es normativamente posible la posibilidad de dictación de medidas de compensación que no se refieren a recursos naturales sino que a los aspectos socioculturales del ser humano. Esto da origen a la idea de compensación socioambiental.

Se trata entonces de una atribución que permite hacerse cargo de impactos ambientales no reglados por el ordenamiento jurídico, pero dado su carácter socioambiental, fácilmente puede confundirse con decisiones de política pública, que corresponden a otros órganos del Ejecutivo. Para evitar esa superposición de competencias, resulta imprescindible la densidad normativa suficiente que permita una clarificación de los límites de este espacio discrecional, y ayudan a ello las normas pertinentes del RSEIA actual y el aporte del proyecto de nuevo reglamento.

150

Además, si bien puede ocurrir que en un caso determinado los tribunales adopten una actitud adecuada, es necesario seguir observando su comportamiento y el de la Contraloría General de la República, quienes pueden transitar desde respuestas deferentes a otras activistas, dañando la comprensión correcta de las funciones de administrar y juzgar, para un Estado democrático de derecho.