

Los Acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia

Julio César Valdivia Pérez

Profesor Ayudante Derecho Comercial

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. Introducción

En el análisis de cualquier disciplina que forma parte del ordenamiento jurídico resulta imprescindible acudir a los principios rectores que informan de contenido a los preceptos obligatorios vigentes. Ello constituye una cuestión obvia en la ciencia del derecho, toda vez que la exégesis –aunque necesaria– es del todo insuficiente para abordar grandes problemáticas que dan figura a toda una rama del derecho, como sucede con el medio ambiente.

De hecho es este concepto holístico, por sobre una idea serial del medio ambiente, la que nos permite declarar que la legislación que tiene como bien jurídico al señalado, desborda de aquella que meramente tenga una “relevancia ambiental”, que como dice el profesor Fernández Bitterlich, “si bien se refieren al ambiente, lo hacen desde una perspectiva puntual, dirigida hacia un aspecto específico, como por ejemplo las normas sanitarias”.¹

Así las cosas, es menester dilucidar en qué categoría circunscribimos al entorno como objeto de estudio del derecho, en tanto es protección de la esfera individual, o si, por el contrario, constituye el aseguramiento de un contexto público o general. Lo cierto es que ello es relevante para centrar el tópico relativo a los principios que enunciaremos al comienzo, y es por tal razón que cuando se caracteriza al derecho del medio ambiente² se suele señalar que en su generación y aplicación existe un predominio del interés público, por sobre

¹ FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro: (2001) Manual de Derecho Ambiental Chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

² “El derecho ambiental es el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que puedan influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sis-

el privado, de “forma tal que en caso de dudas para un caso concreto, debe prevalecer la interpretación que privilegia los intereses de la sociedad, es decir, *in dubio pro ambiente*”.³

La gran interrogante planteada acerca de los “principios del derecho ambiental” reside en que ellos han nacido –generalmente– al alero de órganos y conferencias internacionales, que no tienen la capacidad coercitiva para imponer los criterios logrados. Este “*soft law*” es origen de disposiciones que, bien son fuente de políticas públicas, o se presentan como manifestaciones de “principios generales de derecho”, pero cuya operatividad se ha puesto en duda, de no mediar el respectivo acompañamiento en los instrumentos legales específicos del derecho nacional. Ahora bien, se ha expresado que tales “principios” “reconocidos por las naciones civilizadas”, como señala el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, constituyen fuente vinculante para definir el sentido de un “principio de derecho internacional”⁴ (principal promotor del derecho ambiental). Dicho de otra manera, instituciones como la “*bona fides*” o el “*pacta sunt servanda*” sirven de fundamento a la creación de principios de derecho internacional, los cuales son a su vez el gran germen de los institutos asociados al medio ambiente.

Supóngase el caso de la “Declaración de Río”,⁵ que lo que hace en estricto rigor es enunciar una serie de principios que, aunque sin fuerza vinculante, incentivan a los firmantes a adoptar estas formulaciones, ya sea como políticas públicas, o como legislación vigente. Sin ir más lejos, el principio 11⁶ señala con luminosidad que los Estados deberán (término imperativo) introducir los estatutos necesarios para mejorar la eficacia en la protección del entorno, lo que nos conduce con celeridad a sostener que la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (N° 19.300) fue dictada en ese ámbito de ideas.⁷

temas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos”. BRAÑES, Raúl: (1994) *Manual de Derecho Ambiental Mexicano* (Ciudad de México, Editorial Fondo de Cultura Económica).

³ ASTORGA JORQUERA, Eduardo: (2004) *Derecho Ambiental Chileno* (Santiago, Editorial LexisNexis).

⁴ MAES, Franc: (2007), *Los principios de derecho ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el derecho internacional marítimo, un cambio para los legisladores nacionales*. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N° 7 (online) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derivt/cont/7/art/art5.htm>

⁵ Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

⁶ Declaración de Río: (1992). Principio 11: Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo.

⁷ El Mensaje de S.E. el presidente de la República (387-324), de 14 de septiembre de 1992, y que antecede al proyecto de ley, expresa que dicha legislación se basa en seis principios; a saber: principio

Pertinente es apuntar, en el marco de lo propuesto, que la “Declaración de Río” dota a las declaraciones allí vertidas de “un estatus autoritativo para el desarrollo posterior como principios jurídicos”,⁸ debido principalmente a “la adopción por consenso (del instrumento) y el carácter normativo de las palabras usadas (por ejemplo “debe y “debería”)”.⁹ Todas estas consideraciones –muy preliminares y menores– nos interesan para entender el fenómeno del derecho ambiental como tema de estudio, y su viva relación con los principios que le son propios, y que le sirven no sólo para comprender el sentido valorativo que llevan ínsito las normas del ramo, sino también para “fundamentar las normas de orden jurídico”.¹⁰ Aun más, creemos no inventar nada al expresar que estas máximas inspiran la interpretación de la normas, y también consiguen diseñar las políticas públicas, confiriendo materialidad a los instrumentos de gestión ambiental.

Principios como el *precautorio* o el *contaminador pagador* no fueron invenciones de “Río”.¹¹ Por cierto que no existe novedad, ello no nos parece en ningún caso cuestionable; muy por el contrario, persigue el concepto de “coherencia” que robustece al derecho del medio ambiente, por lo que adhiriéndonos a la doctrina nacional, y al Mensaje de la Ley 19.300, añadiremos como fundamentales principios a los ya mencionados, al de *responsabilidad*,¹² al de la *gradualidad*,¹³ y al de *desarrollo sustentable*,¹⁴ que ha dado lugar a críticas, por cuanto se estima que estamos frente a un concepto, más que a un “principio de derecho ambiental”.¹⁴

preventivo, principio del que “contamina paga”, principio de gradualismo, principio de la responsabilidad, principio participativo, y el principio de eficiencia.

⁸ MAES, Franc (2007) p. 202

⁹ MAES, Franc (2007) p. 202

¹⁰ ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 20

¹¹ Siguiendo en “Río” diremos que, pese a la trascendencia de la declaración, que nos permite –inclusive– inferir sin lugar a dudas que dio pie –por ejemplo– a países como Chile, que no habían expedido legislación medioambiental, a que cursaran la suya, es patente que los grandes principios allí expuestos, tuvieron su origen en otras instancias anteriores; a saber: el principio precautorio fue introducido por la Declaración del Mar del Norte, o “el principio del que contamina paga”, fue incorporado por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo en una recomendación del año 1972.

¹² Con el cual se pretende que los responsables por los daños ambientales reparen a sus víctimas de todo daño. Además, se busca reparar materialmente el daño causado al medio ambiente, obligando al causante del daño a restaurar el paisaje deteriorado. En consecuencia, el principio de la responsabilidad supera los ámbitos de lo que se denomina responsabilidad civil, creando una nueva figura que podría denominarse “responsabilidad por daño ambiental”. Mensaje 387-324 de la Ley N° 19.300. De Bases Generales del Medio Ambiente. Santiago, Diario Oficial, 9 de septiembre de 1994

¹³ “Establecido para el modelo chileno, sostiene que el desarrollo y cumplimiento de las metas establecidas, e incluso de la propia normativa ambiental, debe ser paulatino, tal como se constata en el instrumento de los Planes de Descontaminación”. ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 23

¹⁴ MAES, Franc (2007) p. 206.

En resumen, y tomando la “Declaración de Río” como un “instrumento globalmente aceptado, (éste) debe ser considerado como un *principio* de valor normativo, siendo esto algo novedoso”,¹⁵ puesto que de alguna manera eleva a la condición de *principio general de derecho* a los especialmente relativos al medio ambiente. En este orden de cosas, nos atreveremos a entregar un concepto propio de principios de derecho ambiental, configurándolos como aquellas manifestaciones axiológicas que conforman un bloque sistemático y coherente de normas, cuyo objeto es el respeto y promoción del cuidado del medio ambiente, y que actúan como fuente directa de los preceptos legales, reglamentarios y de los instrumentos de gestión ambiental.

La razón de definir, de conferir un marco de comprensión, nos lleva a explicar el porqué de la relación entre estos principios, y el tema intrínseco de la presente entrega, que son los “Acuerdos de Producción Limpia”. Más allá de las explicaciones que expondremos acerca de su naturaleza, se hace preciso entender a qué máximas responde la institución. Desde luego se torna de suyo facilitador a la hora de concebir su entidad como instrumento de gestión ambiental.

2. De los Principios Informantes de la Producción Limpia

Sostendremos en este trabajo que los principales presupuestos de la política de producción limpia, y de los “Acuerdos de Producción Limpia” en particular, son básicamente dos: el principio de *cooperación* público-privada, y el principio *preventivo*. Ello, entendido no como negación de otros que pudieren incidir en alguna materia de un APL, sino como la selección de los más trascendentes a la hora de erigir su naturaleza.¹⁶

El principio de *cooperación* público privado o *participativo* ha sido diseñado bajo el prisma de la democracia representativa. Es lógico consagrarlo así, en tanto la Administración, cuya actividad se ve legitimada por la participación, debe recepcionar el aporte de los administrados a la hora de dotar de conte-

¹⁵ MAES, Franc (2007) p. 206.

¹⁶ Tanto es así, que la Norma Chilena Oficial NCh 2797-Of2009 detalla a lo menos 11 principios, cuales son los de cooperación público-privada, voluntariedad, gradualidad, autocontrol, complementariedad con las disposiciones obligatorias consideradas en el APL, prevención de la contaminación, responsabilidad del productor sobre sus residuos o emisiones, utilización de las mejores técnicas disponibles, veracidad de la información, facultades y competencias de los organismos de la Administración del Estado y cumplimiento de los compromisos por las partes. Norma Chilena Oficial 2797- Of2009 sobre “Especificaciones” de APL, Norma que ha sido aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Normalización, en sesión efectuada el 29 de diciembre de 2008. Declarada Oficial de la República de Chile por Resolución Exenta N° 501, de fecha 08 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009.

nido a las políticas medioambientales, y a las normas a que estarán sujetos los particulares. Se dice que “para garantizar una gestión ambiental adecuada se requiere que todos sus actores tengan un rol activo”.¹⁷

Podría afirmarse que un primer objetivo de la participación ciudadana en materia de medio ambiente está ligado eminentemente a la defensa del ecosistema en que se vive, en la búsqueda de la protección ante la contaminación, y a la preservación del patrimonio ambiental. De manera que “es esencial estimular la capacidad de respuesta de la comunidad organizada frente al deterioro ambiental, para lo cual la sociedad afectada directa o indirectamente debe iniciar las acciones necesarias en defensa de la naturaleza”.¹⁸ Para ello, está explicitado un régimen en la misma Ley de Bases N° 19.300 en los artículos 3° y 54 para obtener la *reparación* del medio ambiente, incoando la respectiva “acción ambiental” que tiene como limitación la eventual superposición de objetos con la acción indemnizatoria, en tanto la reparación en naturaleza suele constituir en sí misma un sustituto de la indemnización, como lo señala el profesor Barros.¹⁹ Mas esa forma primigenia de representar a la participación o cooperación es más bien representativa de la *responsabilidad*,²⁰ o al menos se confunde con ella.

En donde claramente adquiere el cariz que tratamos de infundirle es en el terreno del ejercicio de ciertas potestades administrativas, que en principio reservadas exclusivamente al Estado, por motivos de eficiencia,²¹ son *compartidas* con los destinatarios de la acción estatal, como ocurre con la creación de instancias de participación de los ciudadanos en los procedimientos ambientales. Esto mencionado en términos generales; no obstante siguiendo una hipótesis que acá trataremos de demostrar, la mentada cooperación se dará, por un lado en la colaboración en el ejercicio de la potestad administrativa, y por otro lado, en la existencia de mecanismos (destinados) a los particulares para aumentar voluntariamente los niveles de protección ambiental.

¹⁷ ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 25.

¹⁸ FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (1994) p. 51.

¹⁹ BARROS BOURIE, Enrique (2006) *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) p. 809.

²⁰ La responsabilidad en la Norma Chilena Oficial NCh. 2797-Of2009 ha sido descrita como un objetivo que busca el “reafirmar que el generador tiene la responsabilidad de manejar adecuadamente los residuos o emisiones derivadas de su actividad”. Norma Chilena Oficial 2797-Of2009 sobre “Especificaciones” de APL, Norma que ha sido aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Normalización, en sesión efectuada el 29 de diciembre de 2008. Declarada Oficial de la República de Chile por Resolución Exenta N°501, de fecha 08 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009

²¹ Cuestión relativa a la profusa existencia de normativa ambiental, altamente desperdigada en ámbitos sectoriales, y que exhiben poco grado de cumplimiento. FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (1994) p. 51.

La Ley N° 19.300 recoge este principio, y de alguna manera también evidencia esta bifurcación a que hacemos alusión. Entre otras cosas porque incorpora instrumentos de gestión ambiental, que son expresa concreción de la *participación*. En el primer segmento propuesto, la elaboración de las *normas de calidad ambiental* da cuenta de ello. Así el artículo 32, a propósito del envío al reglamento del procedimiento de dictación de las normas señala que dentro de las etapas que deben coexistir, están las “consultas a organismos competentes, públicos o *privados*”. Tanto es así, que el Reglamento respectivo consagra un plazo para que los particulares manifiesten sus observaciones a un anteproyecto de norma. A mayor abundamiento, el artículo 44 inciso 3°, a razón de los “Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación”,²² ajusta el procedimiento de tales instrumentos a los mismos criterios del citado artículo 32.

Ahora bien, hemos postulado que existe otra manera de abordar el advenimiento de la *cooperación* en el marco de la gestión ambiental chilena, y ella consiste en la creación de mecanismos de incentivos a los particulares para el aumento *voluntario* de la protección del medio ambiente. En esa sede afincaremos –aunque no exclusivamente– la producción limpia, y su herramienta más eficaz: los acuerdos de producción limpia (APL), por cuanto creemos que lo que distingue fundamentalmente a los acuerdos suscritos, de la participación de los interesados en la creación de normas de calidad ambiental y de emisión, es que existen aparejados a la normas propiamente tales, los incentivos de orden económico que hacen aun más atractiva a estas formas.

Otro principio relevante a la hora de caracterizar a la producción limpia es el *preventivo*.²³ Como se ha signado con anterioridad, y bajo el mismo esquema, este principio es tributario en la legislación del Medio Ambiente, a intención del tratamiento de los “Planes de Prevención”. Y en materia propiamente tal de APL, la fundamentación de la normativa²⁴ pertinente se incrusta en que

²² “Se trata de mecanismos realistas, cuyo origen data de la experiencia inglesa del año 1958, con ocasión de la crisis atmosférica de Londres, en donde en un solo episodio murieron miles de personas, instrumento que luego fue replicado, entre otros, por los alemanes, en la década de los 70 y 80, cuando comprobaron que gran parte de sus ríos estaban contaminados, en virtud de lo cual las alternativas eran eliminar las fuentes emisoras o bien establecer un procedimiento gradual de descontaminación, resultando esta última medida de gran efectividad real” ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 247.

²³ Por el cual “se pretende evitar o reducir efectos negativos de carácter significativo sobre el entorno, justificados jurídicamente –impacto ambiental– o antijurídicos –daño ambiental–. Este es el principio inspirador del Derecho Ambiental, y hasta la fecha aquel en virtud del cual se han desarrollado la mayoría de los instrumentos de gestión ambiental”. ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 21.

²⁴ “La implementación de la PL generalmente disminuye los costos de inversión en equipamiento de *fin de tubo (end of pipe)* al considerar desde el inicio de los procesos productivos la prevención minimización de la generación de residuos o emisiones que, de otra forma, deben ser tratados y/o dispuestos. Por otra parte, puede reducir la exposición de los trabajadores a situaciones de riesgo y el número de accidentes laborales”. Norma Chilena Oficial NCh. 2797-Of2009, declarada oficial de la República de

la prevención resulta inclusive más eficaz para el productor cuyo proceso considera un “impacto ambiental”.²⁵ Tal es el grado de comunión entre el principio propuesto y la institución del estudio que la propia Norma Oficial 2797-Of2009 describe a la prevención de la contaminación no tan sólo como principio, sino además como un objetivo propio de un APL; llegando inclusive a explicarlo –específicamente– como “el uso de procesos, prácticas, materiales o productos que eviten, reduzcan o controlen la contaminación desde su origen, e incluye acciones vinculadas a la sustitución de materiales, uso eficiente de los recursos, cambios en el proceso, reutilización, reciclado y recuperación de residuos, tratamiento y disposición final adecuada”.²⁶ Las expresiones son prístinas y coincidentes con lo que sugerimos. La potencialidad de evadir eventuales consecuencias dañosas –y por ello, gravosas económicamente para su autor– motiva desde luego a buscar opciones que incorporen al proceso productivo *prácticas* que, colaborando en la disminución de contaminantes, reduzcan los costos de elaboración, y más aún, reciban un premio o incentivo por su adopción.

Finalmente expondremos nuestra particular visión sobre los restantes principios contenidos en la norma vigente sobre los APL en lo que respecta a su incidencia general, pues aunque estamos contestes que en el marco de la inspiración de un acuerdo de esta naturaleza tales mandamientos en ningún caso deben contrariarse, es preciso deslindar aquello que es estrictamente descriptivo de la esencia jurídico-material, o incluso instrumental del pacto, de lo que reposa en cimientos más elementales, propios del derecho ambiental, como los dos principios antes declarados. Así ocurre –por vía de ejemplo– con la voluntariedad. El fenómeno ligado a ella se enmarca más bien en el estudio del APL por lo que creemos más prudente referirnos allí al punto. Lo mismo ocurre con el *autocontrol*, la *complementariedad*, la *utilización de la mejor técnica disponible*, y con el principio de *cumplimiento de los compromisos de las partes*. Distinto quizás es el asunto referido a la *responsabilidad*, y a la *gradualidad*. Sobre la primera ya nos expresamos, teniendo presente que toda prueba constituye un principio general del derecho, y ello basta para considerarlo incluido –no sin obviar su fineza en materia ambiental– en toda institución jurídica. Y sobre la segunda, aunque citada por algunos autores como principio de derecho ambiental,²⁷

Chile por Resolución Exenta N° 501, de 8 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009.

²⁵ Ley N° 19.300, De Bases Generales del Medio Ambiente. Art. 2° letra K) “Impacto Ambiental: la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”.

²⁶ 4.1.6 Principios y Objetivos de un APL, *Prevención de la Contaminación*. Norma Chilena Oficial NCh 2797-Of2009

²⁷ “Establecido para el modelo chileno, sostiene que el desarrollo y cumplimiento de las metas establecidas por la Administración, e incluso de la propia normativa ambiental debe ser paulatina, tal como se

nos inclinaremos por la opinión de que constituye –en el caso– más bien un elemento de consecuencia indispensable en el cumplimiento de un APL, que lo que propiamente denominamos como principio jurídico ambiental.

3. Política de Producción Limpia

En el cuadro amplio del *desarrollo sustentable*²⁸ se entrecruzan dos variables importantes, cuyo ponderador es el concepto antes propuesto. El proceso de *desarrollo productivo* junto a la *política ambiental* vienen a modular²⁹ el derecho de las personas de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que es en el fondo la traducción al mundo del derecho del desarrollo sustentable. De ese modo, la Administración, y por cierto con sujeción a los criterios del Poder Constituyente y Legislativo, diagrama los programas y las medidas concretas para alcanzar estos fines, para lo cual se vale también de recursos que han tenido su origen en las instituciones y países de la vanguardia en estos asuntos. Así ocurre con la *producción limpia* que a juicio del Gobierno de Chile “representa un eslabón que articula la política ambiental con la política de desarrollo productivo”.³⁰

En primer lugar, y como cuestión previa a la política, es ineludible forjar la idea de *producción limpia*, y en ello, como se ha señalado a propósito de otros tópicos, tampoco hay mayores sorpresas, por cuanto la realidad nacional se ha encargado de recepcionar los postulados que la contingencia internacional ha venido imponiendo. Así, se la ha definido en documentos oficiales como “una estrategia de gestión empresarial *preventiva* aplicada a productos, procesos y organización del trabajo, cuyo objetivo es minimizar emisiones y/o descargas en la fuente, reduciendo riesgos para la salud humana y ambiental, y elevando simultáneamente la competitividad”.³¹

constata en el instrumento de los Planes de Descontaminación”. ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 23.

²⁸ Declaración de Río (1992) “Principio 1: Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

²⁹ Con lo que se trata de explicar que ambos términos entrelazados configuran el entorno en que vive una comunidad, y hace por ello menos o más efectiva la posibilidad de las personas de vivir en un medio ambiente libre de contaminación en tanto derecho se concibe, como lo señala la Carta Fundamental. Aun cuando lo determinan de manera fáctica, no condicionan la titularidad del derecho, porque esta es una concepción jurídica asentada en un ámbito material.

³⁰ Documento; *Política de Fomento a la Producción Limpia*, versión final aprobada por el Comité Interministerial de Desarrollo Productivo, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998, disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/PFPL_1997-2000.pdf

³¹ *Política de Fomento a la Producción Limpia*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998.

De la noción referida concluimos que se trata de un instrumento³² extraído del mundo privado, con especificidad del proceso productivo. Cuyo objeto es la protección de un estándar de vida para las personas acorde con el resguardo de la salud de éstas. Unido a la conservación del medio ambiente en forma que pueda restablecerse por su propia capacidad regenerativa, mediante la utilización de técnicas propicias para la disminución de emisiones y descargas, y que desencadena finalmente un efecto de aumento en la productividad empresarial, por el menor costo que implica el impedir que las externalidades negativas ambientales que ocurren de no mediar esta clase de producción, impacten sobre el precio final del bien o servicio sujeto a ésta gestión mejorada. De allí, saltamos al diseño general, al estímulo horizontal que hace la Administración para lograr que sus objetivos constitucionales y legales en materia ambiental se vean satisfechos, para lo que el empleo de marcos diseminadores de una opción productiva se hace necesario. En ese orden se enmarca la “política de producción limpia”, y más concretamente el *fomento* a ella.³³

Según consta en los documentos oficiales es posible advertir que variadas fuentes internacionales se tuvieron en vista para la coronación de la primera *política de fomento a la producción limpia*, de 1998; una ha sido La “Agenda 21”, acordada en Río de Janeiro, clave en la especie, y los acuerdos del Tercer Foro de Desarrollo Productivo, desarrollado en 1997, convirtiéndose esos basamentos en un programa de acción, que para el periodo 1997-2000 tenía cuatro grandes lineamientos: el primero de los cuales era el establecimiento de una verdadera integración y coordinación de los instrumentos de gestión limpia, fundado en la masificación y transferencia de recursos tecnológicos; también mediante el impulso de la *cooperación*, cuestión que incluye la utilización de los APL, y en la creación de un comité público-privado encargado de la difusión de ésta política pública. Seguido del fortalecimiento de la infraestructura tecnológica, y la masificación de la información, para finalmente acometer el perfeccionamiento de la gestión y coordinación pública en la materia.³⁴

³² Ello resulta de 5 acciones, sean éstas combinadas o no: (i) *la minimización y el consumo eficiente de insumos, agua y energía*; (ii) *la minimización del uso de insumos tóxicos*; (iii) *la minimización del volumen y toxicidad de todas las emisiones que genere el proceso productivo*; (iv) *el reciclaje de la máxima proporción de residuos en la planta y si no, fuera de ella*; (v) *la reducción del impacto ambiental de los productos en su ciclo de vida (desde la planta hasta su disposición final)*.

³³ Cuya descripción expresa que se trata de un “propósito general (para) catalizar, incentivar y facilitar el aumento de la competitividad y el desempeño ambiental de las empresas, apoyando el desarrollo de la gestión ambiental preventiva para generar procesos de producción más limpios, incluyendo el uso eficiente de la energía y el agua”. *Política de Fomento a la Producción Limpia*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998.

³⁴ *Política de Fomento a la Producción Limpia*. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998.

Ya en el año 2001,³⁵ en plena marcha de los objetivos antes planteados, se dispuso evaluar estas medidas, y sugerir nuevas proposiciones para el 2005. El Consejo de Producción Limpia –órgano al que ya nos referiremos– mediante acuerdo N° 7 de 12 de julio de 2001, configura una política nacional, que se oficializa por el Decreto Supremo N° 414 del Ministerio de Economía, de 29 de noviembre de 2001, en cuya virtud se analizan los supuestos que dan pie a esta nueva fase de implementación de la política del ramo. Especialmente destacables resulta para tal documento oficial el hecho de que se hayan suscrito a la fecha 9 APL.³⁶ En esta nueva fase se propone por tanto “cimentar el camino para plantearse hoy en día el objetivo de consolidar un proceso y establecer, mediante acciones concretas y con un horizonte que mira al año 2005, la producción limpia en Chile”.³⁷

Esta política acrecienta el valor de la *cooperación* público-privada mediante la promoción de suscripción de APL, en virtud de lo cual se hace una reiteración³⁸ de uno de los objetivos trazados a 1998. Mismo sucede con el objetivo cuarto explicitado, y que consiste en incentivar la transferencia tecnológica hacia los procesos productivos, pero con la diferencia que se disponen de otras herramientas para atacar el problema, y que consisten en el desarrollo y fortalecimiento de Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), y el desarrollo de un “Sistema Nacional de Acreditación, Certificación y Verificación de Tecnologías

³⁵ Decreto Supremo N° 414 del Ministerio Economía, Fomento y Reconstrucción, de 29 de noviembre de 2001, que oficializa la *Política Nacional de Fomento a la Producción Limpia 2001-2005*. Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/ppl2001-2005_completa.pdf

³⁶ Como principal fruto de este trabajo está la experiencia de los Acuerdos de Producción Limpia, contándose a mediados de 2001 con siete de ellos focalizados a sectores específicos, y dos acuerdos marco, cada uno de los cuales incluye a un sector de la actividad económica nacional, los que incorporan a más de trescientas empresas del sector industrial, minero, construcción y agrícola.

³⁷ *Rol del Instituto Nacional de Normalización*: Existen una serie de organismos relevantes a la hora de establecer la política de *producción limpia*, sobre todo en lo que dice relación con el marco normativo de los APL, en donde cobra trascendencia la labor que realiza el Instituto Nacional de Normalización (en adelante INN), que como el mismo ha expresado es el “organismo que tiene a su cargo el estudio y preparación de las normas técnicas a nivel nacional”. Al INN se le ha caracterizado como una Fundación de Derecho Privado creada por CORFO encargada de la elaboración y uso de las normas chilenas, en materia de *producción limpia* aprueba las disposiciones que confecciona el Comité Técnico de Producción Limpia, que a su vez está conformado principalmente por la División de Normas del INN, y por el Consejo Nacional de Producción Limpia. A la fecha, el INN ha aprobado 4 normas sobre producción limpia, y que han sido oficializadas por las respectivas Resoluciones Exentas del Ministerio de Economía. Estas son: la Norma Chilena Oficial 2796-Of2003 sobre “Vocabulario” de APL, la Norma Chilena Oficial 2797-Of2007 sobre “Especificaciones” de APL, la Norma Chilena Oficial 2807-Of2009 sobre “Diagnóstico, seguimiento y control, evaluación final y certificación de cumplimiento de APL”, y la Norma Chilena Oficial 2825-Of2009 sobre “Requisitos para los Auditores y Procedimiento de Auditoría de evaluación de cumplimiento”.

³⁸ Creemos que se hace con el afán de incrementar los sectores productivos a los cuales las bondades del aumento de la productividad trae consigo la implementación de un APL. De hecho un vistazo a 2009 confirma esa hipótesis.

Limpias".³⁹ Ya más novedosa es la instauración de un objetivo de "perfeccionamiento y simplificación del marco regulatorio" con el objeto de facilitar la prevención de la contaminación,⁴⁰ en donde expresamente se reconoce como soporte de aquella búsqueda la ineficiencia administrativa, la duplicidad en las atribuciones de organismos estatales, y la existencia de procedimientos complejos, acompañados de un manto de arbitrariedad administrativa.⁴¹

Pero en donde encontramos más significancia a este documento ha sido en razón de los instrumentos de fomento para la producción limpia. Allí está el acento más descollante, por cuanto se propone integrar diversos elementos de incentivo, consolidando los programas existentes, y los agregados para estos efectos desde 1998 a la fecha. Pero no se queda ahí nada más, pues junto a la "Línea de Apoyo en Materia Medioambiental" diseñada por CORFO, se busca crear un sistema de certificación que avale a las empresas que incorporen estas prácticas, y se propone crear incentivos para el desarrollo de mercados de tecnologías limpias.⁴²

³⁹ *Política Nacional de Fomento a la Producción Limpia 2001-2005*. Decreto Supremo N° 414 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 29 de noviembre de 2001.

⁴⁰ La Política de Producción Limpia 2001-2005 recoge estos nuevos desafíos y busca fomentar y promover en conjunto con las instituciones competentes un marco regulatorio que comprenda los aspectos señalados. Para ello, se definen los siguientes ámbitos de acción:

- i) Sinergia entre la regulación y el fomento productivo. Significa focalizar los instrumentos de fomento en aquellas áreas en las cuales la regulación ambiental exige nuevos estándares.
- ii) Incorporar en la institucionalidad y normativa vigentes, principios generales en aspectos relacionados con prevención de la contaminación, que sean considerados en las evaluaciones ambientales, certificaciones ambientales, autorizaciones sanitarias, etc. (p. ej. Reglamento sobre Residuos Peligrosos).
- iii) Fomentar la observancia de las normas, como una forma de asegurar la prevención.
- iv) Desarrollar y proponer una calificación industrial moderna, que considere aspectos relacionados con la prevención de la contaminación (industria inofensiva, molesta, peligrosa, etc.).
- v) Facilitar el proceso de obtención de patentes industriales, autorizaciones ambientales y sanitarias y programas de fomento a aquellas empresas que incorporan aspectos relacionados con prevención de la contaminación.
- vi) Establecer las condiciones que promuevan el reciclaje y la reutilización de subproductos y residuos. Decreto Supremo N° 414 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 29 de noviembre de 2001

⁴¹ Quizás con no tanta crudeza se afirma el estado de las cosas al momento del examen, pero si se registra que debe mejorarse con sujeción a estos criterios el marco regulatorio, por cuanto –y esto lo agregamos nosotros– aquel no ha sido lo suficientemente efectivo por los motivos consignados, a más de lo profuso de sus fuentes

⁴² Otros objetivos trazados por el D.S. 414 son: (i) Acción Internacional, lo cual busca consolidar iniciativas dirigidas a fortalecer la cooperación técnica y financiera, la interlocución oficial entre los Gobiernos y las relaciones institucionales dentro del país en temas de producción limpia, desarrollo económico sustentable, políticas regulatorias, tecnologías, productos y servicios ambientales. (ii) Hacia una Cultura de la Producción Limpia, planteándose el desarrollo de propuestas en materia de política comunicacional, utilización de tecnologías de información y comunicación, promoción de la participación a través de canales formales y difusión de iniciativas exitosas. (iii) Seguimiento, Evaluación y Control de la Política, a través del establecimiento del Sistema Nacional de Producción Limpia y un mecanismo de seguimiento y control del mismo, con el fin de monitorear, evaluar y controlar las acciones comprometidas desde el 2001 al 2005.

Finalmente, el Decreto Supremo N° 156, del Ministerio de Economía, expedido el 8 de mayo de 2007, oficializa la Política de Producción Limpia al 2010 que aprobó el Consejo de Producción Limpia en Acuerdo N° 70 de 24 de noviembre de 2006,⁴³ en donde se realiza un análisis retrospectivo de la labor de esta política pública desde 1997 a la fecha, considerándose que el mayor logro de la época ha sido la creación y actuación del Consejo de Producción Limpia como organismo coordinador e implementador de las iniciativas de esta índole, como asimismo el evidente aumento en la suscripción de APL,⁴⁴ ligados a los cuales surge el sistema de certificación.⁴⁵ Planteándose a contar de ese diagnóstico, una serie de marcos de acción para profundizar los logros que se advierten, tratando de superar las dificultades que se han observado, y teniendo presente que el objetivo general de la política es la progresión sistemática y eficiente de las prácticas de producción limpia de los actores públicos y privados. Las metas al año 2010 serían el comprometer a dos mil nuevas empresas, principalmente PYMES, en Acuerdos de Producción Limpia, que 600 PYMES alcancen certificación en APL, y que todas las regiones del país estén organizadas para la implementación de la producción limpia.⁴⁶

⁴³ Decreto Supremo N° 156, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2006, que oficializa el Acuerdo N° 70 de 2006, adoptado por el Consejo de Producción Limpia, y que establece la Política Nacional de Producción Limpia al 2010. Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/Politica_de_PL_2010.pdf

⁴⁴ Señala la *Política Nacional de Producción Limpia*. A esta fecha se han suscrito 35 APL, que abarcan 27 sectores productivos y en los que han participado 2.500 empresas con 3.560 unidades productivas, la mayor parte de ellas MIPYMES. Se estima que las ventas de este conjunto de empresas corresponden a alrededor de 10% del Producto Interno Bruto del país y representan más del 20% del total de exportaciones. D.S. 156 del Ministerio de Economía, de mayo de 2006.

⁴⁵ Cabe destacar que hoy se cuenta con un Certificado de Producción Limpia, que incluye un sistema de auditoría, llevado a cabo por auditores independientes, y un proceso de verificación por parte de la autoridad para las empresas que cumplen la totalidad de las acciones y metas comprometidas en los Acuerdos de Producción Limpia. D.S. 156 del Ministerio de Economía, de mayo de 2006.

⁴⁶ Los objetivos específicos trazados por la *Política Nacional de Producción Limpia al 2010* son:

- a. Fortalecer la cooperación y acción público-privada a través de la definición e implementación de agendas y programas de producción limpia.
- b. Apoyar a las empresas de menor tamaño en sus esfuerzos de modernización productiva o de crecimiento, implementando programas y Acuerdos de Producción Limpia.
- c. Profundizar el enfoque de la producción limpia en temáticas como la innovación en tecnologías limpias, energías renovables, el uso eficiente de la energía y del agua, higiene y seguridad laboral, y la aplicación de las mejores tecnologías disponibles.
- d. Fortalecer la coordinación y articulación de los organismos públicos para los Acuerdos de Producción Limpia y la incorporación de la producción limpia en su gestión institucional, expresada en sus diversos instrumentos.
- e. Fortalecer la capacidad de organismos representativos de diferentes sectores productivos, para el desarrollo de acciones en producción limpia.
- f. Fortalecer la capacidad de organizaciones laborales para la promoción e implementación de la producción limpia, como también capacitar trabajadores en esta materia.
- g. Fortalecer al Consejo Nacional de Producción Limpia, como órgano dependiente del Ministerio de Economía y de CORFO, en sus relaciones con la institucionalidad ambiental y sanitaria, y su acción en todas las regiones del país.
- h. Desarrollar, difundir, articular e implementar instrumentos de incentivo, que faciliten la aplicación en las empresas de tecnologías limpias.

3.1. Rol del Consejo Nacional de Producción Limpia

Decíamos que uno de los primeros objetivos esbozados por la primera *Política Nacional de Producción Limpia* era propiciar el incremento en la cooperación público-privada en tanto se estimaba primordial dar un impulso efectivo a la *producción limpia*, siendo para ello necesario disponer del más amplio abanico de actores intervinientes en esta tarea; imprescindible entonces era generar desde el mismo aparato estatal las instancias de diálogo y cooperación descritas. El comienzo de la tarea estuvo a cargo del Comité Público-Privado de Producción Limpia, creado por el Ministerio de Economía el año 1998; no obstante, esa exploración ha tenido su punto cúlmine en la creación del Consejo Nacional de Producción Limpia (en adelante CPL), el que se define como “una instancia de diálogo y acción conjunta entre el sector público, la empresa y sus trabajadores, con el fin de difundir y establecer un enfoque de la gestión ambiental que coloca el acento en la prevención de la contaminación, más que en su control final”.⁴⁷

El CPL, que fue creado por el Acuerdo N° 2091/2000 del Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), está comandado por un “Consejo Directivo”⁴⁸ y su objetivo principal es “impulsar la producción limpia para lograr mayor sustentabilidad, modernización productiva y competitividad de las empresas, con énfasis en la pequeña y mediana, a través de la cooperación público-privada y la articulación de las políticas y decisiones de los diversos actores”.⁴⁹

- i. Aplicar por parte de las instituciones fiscalizadoras la Política de Criterios de Fiscalización para las empresas que han suscrito APL.
- j. Promover la valoración del Certificado de Cumplimiento de los Acuerdos de Producción Limpia.
- k. Desarrollar capacidades en producción limpia, a través de iniciativas que promuevan la transferencia e innovación tecnológica. Asimismo, y a través de programas a escala regional, de formación de capacidades humanas, tanto en el sector privado como público.
- l. Consolidar la cooperación internacional en temas de producción limpia, a través de iniciativas dirigidas a fortalecer la cooperación técnica y financiera, con especial énfasis en tecnologías, productos y servicios ambientales, políticas, regulación, alianzas público-privadas, así como la interlocución oficial entre los gobiernos.
- m. Desarrollar nuevos mecanismos y estrategias comunicacionales que respondan a las necesidades de una nueva etapa en la promoción e implementación de la producción limpia, para profundizar su inserción en la cultura productiva, en la toma de decisiones públicas y en los actores políticos.
- n. Avanzar en la difusión hacia la comunidad organizada en torno a los APL y sus beneficios.

⁴⁷ CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. *Quienes Somos*. Disponible en <http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/QuienesSomos/>

⁴⁸ En el que participan, bajo la presidencia del Ministro(a) de Economía doce representantes, seis de organismos públicos (que corresponden a 2 representantes de CORFO y 4 de organismos públicos con competencia ambiental) y seis del sector privado (Confederación de la Producción y el Comercio, Sociedad de Fomento Fabril, Central Unitaria de Trabajadores, Corporación Nacional de Exportadores, Sociedad Nacional de Agricultura y un representante del sector de la Pequeña y Mediana Empresa)

⁴⁹ CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. *Quienes Somos*. Disponible en <http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/QuienesSomos/36>

Dentro de las competencias y campos de actuación en que está inmerso el CPL es posible destacar que junto con participar en la creación de Normas de Producción Limpia, el quehacer más enfatizado estriba en potenciar la confluencia de los organismos públicos y privados a través del instrumento primario de desempeño en estas lides, como resulta ser la suscripción de un APL. En el fondo, podría sostenerse que la acción del CPL implica tomar de un lado la *gestión eficiente* asociada a la *producción limpia* y materializarla a través, y con la inspiración de la cooperación público-privada, en un artefacto idóneo, que imbuido de la *voluntariedad* que lleva implícita, posibilita una disminución de las emisiones y descargas naturalmente contaminantes de un productor sujeto a este régimen, por cuya virtud se certifica el empleo de técnicas limpias, detonantes además de efectos de naturaleza económica sobre la productividad asociada al proceso respectivo.

Ahora bien, no es fácilmente reducible la tarea del CPL a la comunión de la *cooperación con la producción limpia*, pues también realiza una importante labor de *fomento* financiada por dos fondos, aparte de otros instrumentos de financiación que están ligados directamente a CORFO. Estos fondos son: el de "Promoción de Producción Limpia",⁵⁰ que diseñado en cuatro líneas está destinado a proveer de recursos a los estudios de factibilidad de un APL, a la capacitación en materia de APL y a las estrategias de difusión y comunicación de la política de *producción limpia*. Por otro lado, el FOCAL APL de CORFO "entrega a las empresas aportes no reembolsables que cubren parte del costo de consultorías especializadas para implementar Acuerdos de Producción Limpia (APL), tanto en su etapa de implementación como de verificación".⁵¹

4. Los Acuerdos de Producción Limpia (APL)

La promoción de una política pública contemplada para satisfacer un principio de conservación ambiental, que incluye a los titulares del derecho que son las

⁵⁰ CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. Fondo PL. "La Línea 1 permite a las agrupaciones de empresas financiar parte importante del costo de las etapas de Diagnóstico y Propuesta de APL, Seguimiento y Control de un APL y Evaluación de Conformidad y Evaluación de Impactos de los Acuerdos de Producción Limpia. Por otro lado, La Línea 2 apoya a empresas, especialmente PYMES, y al sector laboral, en el desarrollo y formación de competencias basadas en destrezas y conocimientos especializados en Producción Limpia (PL) y en APL. Además, la Línea 3 apoya a empresas en la búsqueda, difusión y transferencia de prácticas de cooperación público-privada para el desarrollo e implementación de la PL. Finalmente, la Línea 4 apoya a empresas y a entidades privadas en el desarrollo de estrategias de comunicación para la difusión de resultados, beneficios, buenas prácticas, innovaciones y nuevas formas de gestión de la PL y de los APL, entre las empresas, el mundo laboral y la comunidad en general". Disponible en <http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/Instrumentos/FondoPL/>

⁵¹ CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. Fondo PL. Disponible en <http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/Instrumentos/FocalAPL/>

personas –destinatarios únicos de la norma– no debe, para resultar eficaz, subsistir en un mero control de las reglas que ordenan una actividad económica susceptible de provocar efectos al entorno. Tampoco –y aunque se destaque su valía– es del todo conveniente permanecer en la esfera de la participación ciudadana en el cuidado del ambiente como opinante en la emisión de normas, en los planes de manejo, descontaminación y prevención, y el sistema de Estudio de Impacto Ambiental, aun cuando –y aparte de la señalada acción ambiental, a más de la Acción de Protección Constitucional, y la acción de responsabilidad– se hagan valer expresamente derechos de eventuales interesados y damnificados en las instancias citadas. El cuidado del medio ambiente en nuestros días, nos permite concluir que todo lo anterior resulta insuficiente.

También nos manifestamos en lo tocante al principio de *cooperación* público-privada como ilustrador de dos grandes formas de actuación: por un lado en lo relativo al ejercicio de potestades administrativas (regulación, autorización, control, sanción), y por otro en la expresión de mecanismos de protección ambiental voluntarios para los actores. Insistimos en colocar a los APL dentro de la última orbita, aunque sólo para expresar su naturaleza más profunda, pues concordamos que su entidad excede la *voluntariedad*, en tanto en su seno existen sobrados argumentos para distinguir cierta regulación, como también control ambiental.

Algunos autores nacionales enmarcan los APL como un instrumento económico de gestión ambiental, los cuales “representan una combinación de principios, criterios y mecanismos que, combinados con técnicas de mercado, resultan una excelente oportunidad para, en forma flexible, cumplir exigencias ambientales sin que necesariamente se verifiquen aumentos de costos significativos, sino paradójicamente lo contrario”.⁵²

Detengámonos un momento en aquella reflexión, para poner de relieve que es la vorágine del mercado, su evolución permanente, la que en un fenómeno de presión sobre los fines que debe cumplir la Administración, permea su capacidad de acción, de modo de que para no quedar al margen del cumplimiento debido de tales mandatos, incorpora elementos que estimamos ajenos –en principio– a las técnicas más clásicas del derecho administrativo, para configurar un cambio de eje, o paradigma. Así, de la perspectiva del control ambiental, se cede a una de la *productividad*⁵³ en esta materia.

⁵² ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 273.

⁵³ ASTORGA JORQUERA, Eduardo (2004) p. 279.

4.1. Definición de APL, naturaleza jurídica y premisas básicas

El "Acuerdo de Producción Limpia" ha sido definido reglamentariamente como "un convenio celebrado entre un sector empresarial, empresa(s) y el (los) organismo(s) público(s) con competencias en las materias del Acuerdo, cuyo objetivo es aplicar la producción limpia a través de metas, y acciones específicas"⁵⁴ en un conjunto de otras conceptualizaciones básicas para entender los aspectos más vinculados a los APL. Lo hecho por la Norma Oficial es detallar un catálogo para la correcta aplicación e interpretación del Acuerdo, por lo cual, apoyados en él, trataremos de bosquejar los elementos que vislumbramos. En primer lugar, tratase de un "convenio", es decir, de una manifestación de la "actividad concertal del Estado" por medio de la cual la Administración jurídicamente cumple sus fines. Por cierto que ello no debe confundirse estrictamente con los "acuerdos" adoptados por los "órganos administrativos pluripersonales" a razón de lo expuesto por el artículo 3º, inciso séptimo, de la Ley 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos, pues aunque actos administrativos al fin, responden a la forma jurídica bilateral de actuación de los órganos del Estado. Sin perjuicio de ello, sostendremos en relación a la naturaleza de derecho del APL, que se trata de un pacto, que tiene la particularidad de poner por un lado sujetos privados (empresas, o sectores empresariales) y del otro a actores públicos (órganos públicos con competencia en la materia).

Interesante es preguntarse al efecto sobre la naturaleza jurídica de los APL, en un contexto aun más general que el examen de su condición de actuación de la Administración. Creemos que en la actualidad las clásicas formas de intervención del derecho administrativo han quedado obsoletas,⁵⁵ o al menos excedidas en su natural entidad de medidas de policía como se las ha estudiado siempre, por cuanto el tejido social se ha complejizado, y los requerimientos que éste impetra a la Administración también son mayores que antaño. Entonces la tensión está instaurada entre la *regulación de policía* cuyo objeto es la tutela de bienes y derechos de sede constitucional y legal, y la *regulación económica* que busca el equilibrio en las relaciones económicas. Ambas desencadenan en una nueva forma de intervención estatal como resulta ser la *regulación de la autorregulación*, que en conceptos simples es la instauración de la *cooperación* privada en los quehaceres más propios de las potestades administrativas, "atribuyendo concretos efectos jurídicos a la autorregulación".⁵⁶ Estos concretos efectos de

⁵⁴ Norma Chilena Oficial. NCh 2796-Of2003.

⁵⁵ Así surge "un nuevo derecho, de formación en parte autónoma –autorregulación– y en parte heterónoma –regulación de la regulación–, que adquiere rasgos propios de aquél". DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè: (2002) *Derecho Administrativo y Autorregulación: la Autorregulación Regulada* (Gerona España, Universidad de Girona) disponible en <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-1212103-121813/index.html>

⁵⁶ DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè (2002) p. 529.

derecho, sin ir más lejos, son en muchas oportunidades materias propias de la potestad reglamentaria, y aunque, como hemos venido en decir, la renuncia de la expedición de normas –en principio– no está en juego teniendo presente el principio de *Facultades y Competencias de los Organismos de la Administración del Estado*, sí es posible señalar que al menos la fuente, o título por el cual el agente destinatario somete su accionar a una determinada conducta, es el acuerdo, y no el reglamento, o el decreto. Es cierto que la normativa ambiental es profusa, y que casi no hay actor productivo que no se vea alcanzado por alguna norma reglamentaria; no obstante el punto es otro, y reside en si las materias precisas del acuerdo ¿obligan en tanto convenio? Si es así, y ellos, como sugerimos, responden en muchos casos a materias que naturalmente forman parte de la reglamentación, hacen que la disyuntiva esté planteada. Que no haya una reserva expresa a la potestad reglamentaria, como ocurre para la ley, no es óbice para ello.

Finalmente, el objeto del concierto es aplicar la producción limpia, que aunque explicada brevemente, se torna definida⁵⁷ por el instrumento oficial de “vocabulario” en las mismas características que le hemos venido adscribiendo, de forma que las metas⁵⁸ y acciones⁵⁹ son funcionales a la consecución de la *producción limpia*. Queda en ese sentido bastante delimitado y claro el uso de ambos conceptos, en tanto la meta de un APL es la concreción de la *producción limpia* a un caso en particular; objetivo logrado a través de la estipulación de acciones o recursos materiales y técnicos.

4.2. Principios específicos y objetivos⁶⁰ de un APL

La Resolución Exenta N° 501 de 2009, del Ministerio de Economía, oficializando las normas acordadas por el INN, establece once criterios de los cuales ya

⁵⁷ 3.1.12 Producción Limpia (PL): estrategia de gestión ambiental preventiva aplicada a las actividades productivas, con el objeto de incrementar la eficiencia, la productividad, reducir los riesgos y minimizar los impactos para el ser humano y el medio ambiente”. NCh2796-Of2003.

⁵⁸ 3.1.10 Meta: fin al que se dirigen las acciones para alcanzar los objetivos específicos del APL. NCh2796-Of2003.

⁵⁹ 3.1.1 Acción: medida definida para el cumplimiento del APL, verificable o cuantificable, que las partes que suscriben el Acuerdo se comprometen a ejecutar en los plazos estipulados en el mismo, con el fin de obtener el cumplimiento de las metas específicas propuestas.

⁶⁰ Sobre los objetivos, la normativa expone ciertamente aquellos factores que inciden en una mejora del proceso productivo, desde todas las ópticas que hemos venido en señalar anteriormente. De esa manera los APL “sirven como un instrumento de gestión que permite mejorar las condiciones productivas, ambientales, de higiene y seguridad laboral y otras materias abordadas por el Acuerdo, buscando generar sinergia y economías de escala en el logro de los objetivos acordados. Asimismo, busca aumentar la eficiencia productiva y mejorar la competitividad”. De lo que se trata en resumidas cuentas es de jerarquizar la gestión, desde la combinación de los factores ambientales y productivos implicados, consecuentemente distinguiéndose un verdadero orden de prelación de objetivos, encabezados por la prevención de la contaminación, seguida por la mitigación de ella, acompañada en tercer lugar por

hicimos mención, e inclusive a la luz de los “principios de derecho ambiental” remarcamos la especial importancia de dos de ellos. Nos queda por tanto, en el esfuerzo de comprensión, solamente comentar los principios que le dan forma a los APL. En ese derrotero, se nos aparece la *voluntariedad*, que es precisada como “la base del sistema de los APL, toda vez que reafirma el carácter voluntario de la firma de un Acuerdo por parte de una empresa”.⁶¹ Ahora bien, ello indica que éste sistema ha sido ideado sobre la base colaborativa que despliega la Administración del Estado. Descansa entonces en la libre iniciativa de los particulares que observan que es mejor adecuarse a un nivel de producción que eximiéndolos –en teoría– de una eventual futura normativa gravosa de control.⁶² Además les redunda en una mejora en la productividad, y en un acceso a un sistema de financiamiento especial diseñado para la promoción de las conductas empresariales responsables con el medio ambiente. Sin perjuicio de lo cual –dice la norma–, y como es lógico de suponer, el acuerdo obliga en las materias suscritas a sus concurrentes, de manera que no es posible eximirse del cumplimiento de las materias ambientales, productivas y de higiene y seguridad laboral contenidas en el APL, así como del seguimiento y control en el cumplimiento de tales metas.⁶³

Enseguida se aprecia que la norma adhiere a la idea de *gradualidad* en el cumplimiento de fines, y también en el empleo de las acciones conducentes de aquellos fines. Por eso es posible visualizarla de dos maneras, como se ha dicho, una tocante a establecer un plazo en el que los fines deben ser logrados, pues uno de los contenidos mínimos de un APL es ese, sin embargo ello, es factible decir que la *gradualidad*⁶⁴ se hace presente en la etapa precisa de cumplimiento del APL, toda vez que el seguimiento y control que se precisa en aquel momento requiere de la paulatina incorporación (gradual) de las herramientas aptas, que la norma denomina *acciones*.

la adopción de un tratamiento adecuado de la contaminación, y no existiere otra opción, “la adecuada disposición de los elementos que la generan”.

⁶¹ Norma Chilena Oficial, NCh 2797-Of2009

⁶² Expresemos que no constituye una negación de las facultades potestativas de la Administración, o una renuncia, por cuanto ello es inadmisibles, sobre todo teniendo presente que uno de los principios inspiradores de los APL según la norma oficial es el de *Facultades y Competencias de los Organismos de la Administración del Estado*, que señala que: “bajo este principio se debe entender que los organismos de la Administración del Estado con competencia en las materias del acuerdo, mantienen todas las facultades definidas en su normativa legal. En consideración a lo anterior, los compromisos que deben cumplir quienes firman un APL están circunscritos a aquellos que se hayan declarado explícitamente en el Acuerdo”. Norma Chilena Oficial, NCh 2797-Of2009.

⁶³ Norma Chilena Oficial, NCh 2797-Of2009

⁶⁴ 4.1. 3) Gradualidad: apunta hacia el desarrollo a través del tiempo de procesos de adaptación de la empresa a las nuevas exigencias regulatorias y/o de mercado, presentes o futuras, que permiten mejoras continuas e incrementales. Norma Chilena Oficial NCh 2797-Of2009

Luego se añade al autocontrol⁶⁵ como elemento fundante de los APL. Para explicar el alcance del término, deberemos decir que como expresión indica un rasgo más para sustentar la idea del predominio de las técnicas privadas de colaboración por sobre las clásicas utilizadas por la Administración. No es que postulemos el cercenamiento de la potestad pública irrenunciable de control; es algo más allá. El asunto gravita sobre la hipótesis del desborde de la capacidad administrativa para controlar, por lo que la intervención estatal con el objeto de no ceder en una esfera de su influencia, adopta, para tener la información de lo que sucede a los administrados, las herramientas del mercado, claro está con la colocación de incentivos de naturaleza económica que estimulen al privado a realizar un propio control. Tanta relevancia tiene el punto que una de las normas más trascendentales en materia de APL son las contenidas en la Resolución que señalamos y que recoge las reglas sobre “seguimiento y control, evaluación y certificación”.

4.3. Breve relación de las etapas de desarrollo de un APL

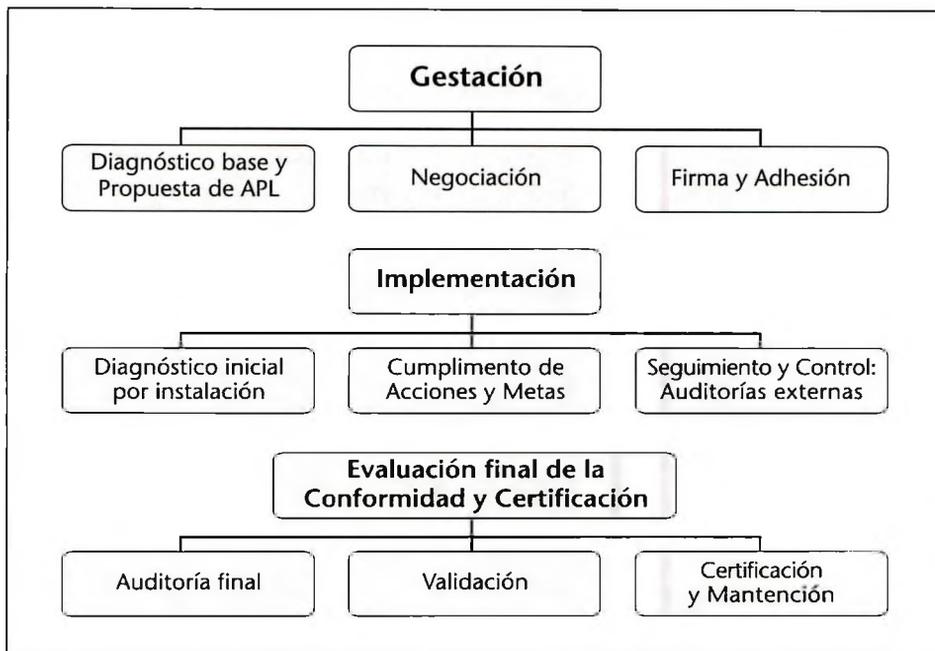
Como cuestión previa al esquema presentado, es necesario señalar que a pesar de apreciar claramente tres etapas en el desarrollo y aplicación de un APL, forzoso es entender que en un marco de actuación desformalizada el o los organismos privados que se representan la necesidad de explorar un acuerdo de la naturaleza expresada, deben materializar dichos supuestos concretamente en la forma de una propuesta de APL, debiendo el CPL calificar la conveniencia y oportunidad del mismo, del modo de gestar la cadena formativa del convenio.

Este desarrollo tiene, como decíamos, tres fases: una de *gestación*,⁶⁶ otra de

⁶⁵ 4.1. 4) Autocontrol: es el conjunto de actividades desarrolladas independientemente por una unidad productiva que le permite medir, evaluar y corregir oportunamente el nivel de cumplimiento de las acciones y metas comprometidas en el APL. Norma Chilena Oficial NCh 2797-Of2009

⁶⁶ En la subfase planteada, los actores privados fundamentalmente realizan un trabajo de diagnóstico de su actividad, en la medida que los problemas y oportunidades que los mueven a desplegar sus estudios, sean directamente relacionados con las materias propias de un APL. Se distingue por ello entre una fase de *Diagnóstico Base*, otra de *Propuesta de APL*, y una final de *Negociación y Firma*. La de examen o *Diagnóstico Base*, aunque de exclusiva responsabilidad empresarial, debe respetar ciertos tópicos exigidos por la normativa vigente. A continuación, y teniendo como sostén los estudios realizados, las empresas o sector empresarial deben elaborar una propuesta de APL, sobre la base de los contenidos mínimos exigidos por la norma, para presentarla ante el CPL, quien dará curso del mismo a los organismos de la Administración del Estado competentes. Dispuesta la aprobación del APL de la oportunidad y fundamento de la propuesta; enviados que sean los antecedentes a los órganos encargados, entramos de lleno a la subfase de *Negociación*, que comienza con la formación de un Comité Negociador, encargado de elaborar las propuestas que, expresadas en un borrador final, se someterán a la validación final por parte del CPL. Concluidas las negociaciones, y determinada la aprobación del texto final, los privados están en condiciones de firmar el APL, ya sea conjuntamente con los organismos estatales, o en un plazo de “adhesión” que puede consultarse al efecto.

implementación,⁶⁷ y la final de *evaluación de conformidad y certificación de acuerdo*.⁶⁸ La siguiente figura nos reseña esta realidad:



⁶⁷ Desde luego en la fase indicada se llevan a cabo las acciones específicas diseñadas, mediante la utilización de las mejores técnicas disponibles, con el objetivo de alcanzar las metas preestablecidas en el documento continente del APL. También como en la *Gestación* es dable subdistinguir subfases que dan lugar a la *implementación*. Lo lógico es comenzar por el “*Diagnóstico Inicial por Instalación*”, que consiste en “precisar el estado inicial de ella respecto de las acciones y metas comprometidas en el APL”; tarea que debe llevarse conforme a las normas de la NCh 2807-Of2009, seguida de la ejecución de las acciones (*Cumplimiento de Acciones y Metas*), a las que se le une coetáneamente el *Seguimiento y Control*, en donde es deber de los empresarios efectuar las auditorías internas que deben ser enviadas al CPL, para su comunicación a los órganos públicos involucrados. Todo bajo la supervisión del Comité Coordinador del APL, quien debe velar por el cumplimiento de las normas, así como cualquier otra acción convenida en el APL.

⁶⁸ La última fase comienza con la *Auditoría Final*, labor que ya no es encomendada al autocontrol de las auditorías internas, por cuanto debe ser liderada por auditores registrados ante el INN, quienes, cumpliendo las normas expedidas por tal organismo, evalúan el nivel de cumplimiento en cada instalación de la empresa, de las acciones y metas desarrolladas por el APL, debiendo asimismo responsabilizarse de acreditar el cumplimiento de ellas conforme al contenido propio del Acuerdo, señalado en esta norma (NCh2807-Of2009) y en NCh2807.

Una vez consumadas las averiguaciones y evaluaciones por los auditores registrados ante el INN, los empresarios, tomando razón de ello, deben enviar los informes consolidados, como los de *auditoría final por instalación*, para que los organismos públicos que forman parte del acuerdo, y en un plazo de noventa días, *validen* la auditoría, una vez que la instalación cumple con el 100% de las acciones y metas comprometidas en el APL.

Sobre los resultados que arrojen las auditorías y el proceso de *validación* el CPL debe entregar el *Certificado de Evaluación*, el cual tiene una duración máxima de tres años, no obstante que cada año deben someterse a auditorías de seguimiento, efectuadas por los mismos auditores registrados ante el INN, de modo de verificar que se mantiene un nivel de cumplimiento de los requisitos del APL, que expresan que debe darse satisfacción al 100% de las exigencias comprometidas.

4.4. Cumplimiento e Incumplimiento de un APL

Digamos sucintamente sobre el particular que el APL suscrito obliga tanto a los órganos públicos firmantes, como a los privados que lo signan, o que se adhieren con posterioridad.⁶⁹ Respecto de los últimos no hay duda que someten su capacidad de determinación a un autocontrol *vigilado* por la Administración, y de obviar las disposiciones que el APL rige, mediante su *incumplimiento grave*, o por la *imposibilidad material de ejecutar los compromisos adquiridos* se verán desafiados del convenio, e impedidos de gozar de sus beneficios. En relación a los órganos administrativos la duda se centra no en el hecho del respeto y promoción del APL, sino en la limitación a su atributo de dictar normas; sobre lo cual ya nos hemos referido en todo caso.

5. Conclusiones

Forzoso resulta aunar algunas consideraciones finales, vinculadas especialmente a la comunión que existe entre los principios generales del derecho, los principios del derecho ambiental, y las normas reglamentarias y los instrumentos de gestión. Los marcos internacionales que hemos citado, como se evidencia en este trabajo, dieron pie a la consagración de la primera gran normativa nacional del tema: la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y por cierto a toda la venidera institucionalidad y profusa reglamentación del tópico.

Que para efectos de la *Producción Limpia* la cooperación público-privada y el principio preventivo son las más certeras fuentes que informan su misión, toda vez que tienen como objetivo propiciar formas de reducción de los efectos nocivos al ambiente, mediante la adopción –no impuesta– de conductas que la Administración promueve por medio de políticas oficiales.

Una prueba de esa confluencia de principios se da en los Acuerdos de Producción Limpia (APL), que básicamente son una emanación de la búsqueda de herramientas eficientes para la conservación y promoción de los valores ambientales, como asimismo responden a la idea de instancias horizontales de creación de normas particulares, obviando –en cierta forma– las fuentes formales de que se vale el Estado regularmente en estas materias.

⁶⁹ Así está consagrado en el principio 11 de la NCh 2797-Of2009, que al respecto señala que: “cada una de las partes debe cumplir con los compromisos que ha adquirido en el Acuerdo, y someterse a las instancias que establezca.

Que, finalmente, estos instrumentos (APL) son expresión –también– de formas modernas de intervención estatal, adscritas a representaciones cercanas a la *autorregulación* privada, y como distintivo de ellas, se encuentran progresivamente consultadas por los órganos de la Administración como manera de cumplir fines que le son propios, disponiendo que el control de las regulaciones esté confiado a los mismos agentes destinatarios. Cuestión que permite concluir el especial carácter jurídico que los traza, por cuanto no consisten en contratos en que la Administración renuncie a sus facultades soberanas sobre los objetos acordados, pero que en los hechos hace que ésta omita –de alguna manera– dictar normas de acatamiento vertical como las que en la especie se estilan.

Bibliografía

ASTORGA JORQUERA, Eduardo: (2004) *Derecho Ambiental Chileno* (Santiago, Editorial LexisNexis);

BARROS BOURIE, Enrique: (2006) *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile);

BRAÑES, Raúl: (1994) *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. (Ciudad de México, Editorial Fondo de Cultura Económica);

CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. *Fondo PL*. Disponible en <http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/Instrumentos/FocalAPL/>;

CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN LIMPIA. *Quienes Somos*. (online) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] Disponible en <http://www.produccionlimpia.cl/link.cgi/QuienesSomos/>;

DARNACULLETA I GARDELLA, Mercè: (2002) *Derecho Administrativo y Autorregulación: la Autorregulación Regulada*. (Gerona España, Universidad de Girona) (online) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] disponible en <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-1212103-121813/index.html>;

DOCUMENTO; *Política de Fomento a la Producción Limpia*, versión final aprobada por el Comité Interministerial de Desarrollo Productivo, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, marzo de 1998, (online) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/PFPL_1997-2000.pdf

FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro: (2001) *Manual de Derecho Ambiental Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile);

MAES, Franc: (2007) *Los principios de derecho ambiental, su naturaleza y sus relaciones con el derecho internacional marítimo, un cambio para los legisladores nacionales*. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N° 7 (online) [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2009] Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/7/art/art5.htm>.

Normas

1. Ley N° 19.300. De Bases Generales del Medio Ambiente. Santiago, Diario Oficial, 9 de septiembre de 1994;

2. Decreto Supremo N° 414 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 29 de noviembre de 2001, que oficializa la *Política Nacional de Fomento a la Producción Limpia 2001-2005*. Disponible en http://www.produccionlimpia.cl/medios/documentos/ppl2001-2005_completa.pdf;

3. Norma Chilena Oficial NCh 2796-Of2003, "Acuerdos de Producción Limpia (APL) Vocabulario", preparada por la División de Normas del Instituto Nacional de Normalización;

4. Norma Chilena Oficial *NCh 2797-Of2009* sobre “Especificaciones” de APL. Norma que ha sido aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Normalización, en sesión efectuada el 29 de diciembre de 2008. Declarada Oficial de la República de Chile por Resolución Exenta N° 501, de fecha 08 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009;

5. Norma Chilena Oficial *NCh 2807-Of2009* sobre “Acuerdos de Producción Limpia (APL) -Seguimiento y control, evaluación de la conformidad y certificación”. Norma que ha sido aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Normalización, en sesión efectuada el 28 de diciembre de 2008. Declarada Oficial de la República de Chile, por Resolución Exenta N° 501, de fecha 08 de abril de 2009, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Diario Oficial, 14 de abril de 2009.