

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

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

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

JORGE A. CERDIO HERRÁN

Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Investigador del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

LUIS LÓPEZ GUERRA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

RUTH ZIMMERLING

Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

MARTA LORENTE SARIÑENA

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

VÍCTOR MORENO CATENA

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ANGELIKA NUSSBERGER

Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania)

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y

Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

CONSUELO RAMÓN CHORNET

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

IGNACIO SANCHO GARGALLO

Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

ELISA SPECKMANN GUERRA

Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

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

KIM ECHEVERRÍA
COORDINADOR



**PRIMER
TRIBUNAL
AMBIENTAL**

Fueron miembros de este Comité:
Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

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

tirant lo blanch
Valencia, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Las opiniones vertidas en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de quienes las emiten y no representan, necesariamente, al Primer Tribunal Ambiental.

© Primer Tribunal Ambiental

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-546-9

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

Índice

<i>Abreviaturas</i>	9
<i>Presentación</i>	11
SANDRA ÁLVAREZ TORRES	
<i>Prólogo</i>	13
MAURICIO OVIEDO GUTIÉRREZ	
<i>Criterios judiciales y potestad sancionadora ambiental. A 10 años de la publicación de la Ley N° 20.600</i>	15
ROSA FERNANDA GÓMEZ GONZÁLEZ	
<i>Fundamentos del artículo 30 de la Ley N° 20.600 y el equilibrio entre el control y el criterio de deferencia en el actuar administrativo ambiental</i>	49
RICARDO IRARRÁZABAL SÁNCHEZ	
<i>Los programas de cumplimiento ambiental: un examen a su delineamiento responsivo</i>	85
GLADYS CAMACHO CÉPEDA	
<i>Recursos procesales en la Ley N° 20.600</i>	107
RAÚL TAVOLARI OLIVEROS	
<i>La consideración del cambio climático a la luz de un caso concreto</i>	137
PILAR MORAGA SARIEGO	
<i>Constitución y Ley N° 20.600: los Tribunales Ambientales en el proceso constituyente</i>	151
JOSÉ LUIS LARA ARROYO GASPAR JENKINS PEÑA Y LILLO	
<i>Justicia Ambiental a nivel europeo y español</i>	175
IÑIGO SANZ RUBIALES	
<i>Litigación Internacional y Daño Ambiental Transfronterizo</i>	193
PÍA MOSCOSO RESTOVIC	

Abreviaturas

art. / arts.	:	artículo / artículos
coord. / coords.	:	coordinador / coordinadores
COT	:	Código Orgánico de Tribunales
CPC	:	Código de Procedimiento Civil
DFL	:	Decreto con Fuerza de Ley
DIA	:	Declaración de Impacto Ambiental
D.S.	:	Decreto Supremo
ed. / eds.	:	editor / editores
et. al.	:	y varios
EIA	:	Estudio de Impacto Ambiental
Excma.	:	Excelentísima
inc.	:	inciso
LBPA	:	Ley N° 19.880, sobre Bases de Procedimientos Administrativos
LOSMA	:	Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente
MMA	:	Ministerio del Medio Ambiente
N° / N°s	:	número / números
PdC	:	Programa de Cumplimiento
RCA	:	Resolución de Calificación Ambiental
SCS	:	Sentencia de la Corte Suprema
SEA	:	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	:	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SMA	:	Superintendencia del Medio Ambiente
ss.	:	siguientes
STC	:	sentencia del Tribunal Constitucional
trad.	:	traducción / traducido
UTA	:	Unidad Tributaria Anual
UTM	:	Unidad Tributaria Mensual
vol.	:	volumen

Presentación

El 28 de junio de 2012 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.600 que “Crea los Tribunales Ambientales”, caracterizados por ser tribunales especiales – léase contencioso administrativos- dotados de una integración mixta – abogados y profesionales de las ciencias naturales-, centrados en la resolución de asuntos ambientales.

Cabe destacar entre las ideas fundantes para la creación de estos tribunales, las siguientes:

“(a) Disponer de un control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad administrativa ambiental; (b) Que este control esté a cargo de jueces especializados y no generalistas; (c) Que el tribunal sea un organismo de integración mixta; (d) Que dada su especialización y carácter único provea de decisiones predecibles, permitiendo certeza jurídica para todos los interesados”¹.

Cada de uno de estos elementos estructurantes se han materializado en estos más de diez años transcurridos desde su creación, marcados en parte por la relevancia de los temas ambientales para la población, los gobiernos, el Congreso, además de organismos transnacionales, como la evolución natural de un derecho dinámico, vivo y contingente, como es el derecho ambiental.

Por todo lo anterior, el **Primer Tribunal Ambiental** ha trabajado en la generación de esta obra, titulada “Tribunales Ambientales en Chile. A más de 10 años de la Ley N° 20.600”, cuyo objetivo inmediato es difundir y promover el rol que han tenido estos tribunales a través de una destacada mirada académica.

En particular, los artículos incluidos en esta obra abordan diversas temáticas y enfoques, tanto de autores nacionales como internacionales que se pueden agrupar en los segmentos que se indican a continuación.

En un *primer grupo* de artículos nos encontramos con publicaciones relativas a diferentes tópicos de la Ley N° 20.600, comenzando con una revisión jurisprudencial del control que han realizado los tribunales ambientales en materia sancionatoria (Rosa Gómez González), así como el alcance de dicha labor en relación con la deferencia administrativa hacia los órganos

¹ Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 20.600*, p. 7. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4429/HLD_4429_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

que integran la institucionalidad ambiental (Ricardo Irrarrázabal Sánchez). A su vez, en el marco del control realizado a la Superintendencia del Medio Ambiente se analiza uno de los incentivos al cumplimiento ambiental más utilizados, como lo son, los programas de cumplimiento (Gladys Camacho Cepeda). Para finalizar este grupo de artículos, se efectúa un estudio los recursos procesales en los procedimientos ante los tribunales ambientales, sobre la base de una revisión histórica y sistemática de su regulación (Raúl Tavolari Oliveros).

Ahora bien, en un *segundo conjunto* de artículos, se abordarán algunos de los desafíos que están y deberán afrontar los tribunales ambientales en los próximos años, como la inclusión del cambio climático en la revisión judicial de los casos (Pilar Moraga Sariego), y la situación de los tribunales ambientales en el proceso constituyente y su incidencia como órganos contenciosos administrativos (José Luis Lara Arroyo y Gaspar Jenkins Peña y Lillo).

Un *último grupo*, pero no menos importante, se contempla una revisión comparada de la regulación de la justicia ambiental a nivel europeo y español (Iñigo Sanz Rubiales), y una temática de la que cada vez más se está hablando y escribiendo, como lo es el daño ambiental transfronterizo y su litigación (Pía Moscoso Restovic).

A todo lo anterior, resulta pertinente advertir al lector que dada la relevancia y transversalidad de los temas tratados en la justicia ambiental, estos se han ampliado, como también la competencia de los Tribunales Ambientales, prueba de ello son la Ley N° 21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos; la Ley N° 21.455, Marco de Cambio Climático; así como el recientemente aprobado -junio de 2023- Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.

Cierro estas palabras agradeciendo a los destacados académicos que de manera desinteresada contribuyeron con su tiempo y conocimiento para materializar esta obra; como también al equipo del Primer Tribunal Ambiental, último caracterizado por tener competencia en un territorio jurisdiccional, extenso, extremo, complejo, dinámico, desafiante, fuente de recursos naturales que alternativamente han sido, son y serán el sueldo de Chile, como el cobre nacional y otros que se proyectan para serlo, como el litio, la energía solar, el hidrógeno verde y los cielos astronómicos, por sólo mencionar algunos de los desafíos que esperan a esta institucionalidad.

SANDRA ÁLVAREZ TORRES

*Ministra Presidenta
Primer Tribunal Ambiental*

Prólogo

Luego de 10 años de funcionamiento de la denominada en su momento “Nueva Justicia Ambiental”, creada a partir de la Ley N° 20.600, se hace justo y necesario detenerse un momento y mirar en retrospectiva lo que ha sido su desempeño en esta primera década, con sus yerros y aciertos, de manera de poder identificar con claridad en que ha aportado a una sociedad cada vez más tensionada por la búsqueda de bienestar económico y social en un contexto global de afectación generalizada de los ecosistemas.

La justicia ambiental chilena, qué duda cabe, se ha convertido en un referente a nivel mundial, lo que nos debe llenar de orgullo. La integración del conocimiento del derecho y las ciencias naturales ha constituido uno de los grandes aciertos de nuestro legislador, en la medida que cuestiones tan complejas como son las que se debaten en la nueva judicatura, solo pueden ser resueltas de manera óptima si se integran en el análisis, las reglas y principios provenientes de ambos ámbitos del saber. Resultado de lo anterior, es que sin darnos cuenta, hemos ido construyendo un tipo de justicia administrativa -originalmente concebida para el siempre reglado contencioso administrativo ambiental-, en una justicia ambiental con enfoque ecosistémico.

La presente obra, que reúne a destacados académicos y especialistas en Derecho Administrativo y Ambiental, tiene el mérito de revisar con enfoque crítico las cuestiones que han generado más debate a nivel nacional en estos 10 años de funcionamiento, aportando de esa manera claridad conceptual en tópicos que en un comienzo, parecían no encuadrar totalmente con los clásicos institutos jurídicos del derecho procesal y administrativo.

Así, se revisan temáticas variadas que van desde el control judicial de las potestades sancionatorias de la autoridad ambiental, las particularidades del régimen recursivo de la Ley N° 20.600, el estándar de revisión del tribunal respecto de las decisiones de la administración, hasta la inclusión en las sentencias definitivas de variables no reconocidas expresamente en la ley sino hasta hace muy poco como lo es el cambio climático.

Mención aparte debemos hacer al análisis que se efectúa acerca del lugar que tomará nuestra judicatura especializada en la arquitectura orgánica jurisdiccional chilena, en el marco de la nueva Constitución que por estos días se discute, cuestión fundamental si se considera que, aun reconociendo que los Tribunales Ambientales forman parte de aquello que denominamos “Justicia Contencioso Administrativa”, lo cierto es que por

sus particularidades que le son propias, debiesen seguir por una senda separada de los futuros y largamente esperados Tribunales Administrativos.

En fin, la compilación de trabajos que dan cuerpo a esta obra no sólo constituye un reconocimiento a aquellos que con visión de futuro, fueron capaces de aunar voluntades y miradas, a veces muy contrapuestas en distintos ámbitos, en pos de lograr un mejor país, una mejor sociedad, para esta y las futuras generaciones, en donde tengan lugar todas aquellas miradas que en definitiva nos conduzcan a un desarrollo económico y social que tenga la capacidad consciente de respetar a la naturaleza que nos cubre y de la cual formamos parte.

Antofagasta, 1 de junio de 2023.

MAURICIO OVIEDO GUTIÉRREZ

*Ministro Titular Abogado
Primer Tribunal Ambiental*

Crterios judiciales y potestad sancionadora ambiental. A 10 años de la publicación de la Ley N° 20.600

ROSA FERNANDA GÓMEZ¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Marco normativo. 3. Revisión de los pronunciamientos más relevantes de la Corte Suprema en materia de control judicial de las sentencias de los tribunales ambientales. 3.1. Los tribunales ambientales son competentes para conocer de las reclamaciones deducidas contra actos trámite. 3.2. Sobre el acceso a los actos trámite del procedimiento administrativo, en especial, las comunicaciones e informes entre servicios públicos. 3.3. La SMA se encuentra obligada a fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar al medio ambiente. 3.4. La SMA y los tribunales ambientales pueden ordenar complementar un PdC. 3.5. Al acto de reformulación de cargos se le aplican los mismos principios y disposiciones legales que informan y regulan la formulación de cargos. 3.6. El tribunal ambiental debe limitarse a conocer solo lo planteado por las partes. 3.7. Sobre los terceros coadyuvantes en las reclamaciones judiciales. 3.8. Los tribunales ambientales son competentes para conocer de la negativa a entregar copias del expediente de fiscalización. 3.9. La Corte Suprema, en el contexto del recurso de casación ambiental, puede sustituir el acto emitido por la SMA. 4. Reflexiones finales. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En ciertos ámbitos sectoriales, la ausencia de un contencioso administrativo general ha sido suplida a través de la creación de una judicatura

¹ Profesora de Derecho administrativo de la Universidad de los Andes, Chile. Doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Correo-e: rgomez@uandes.cl. Correo postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes. Enlace ORCID: 0000-0003-4769-6749. Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto FONDECYT Regular N° 359974 “Criterios y estándares para el control de la potestad sancionadora de la Administración: análisis de los mecanismos de revisión judicial y administrativa” y del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11230414, “Análisis dogmático de los mecanismos de protección de la legalidad urbanística en Chile: revisión y sistematización de las medidas de prevención, restablecimiento de la legalidad y sanción”. Agradezco al Tribunal Ambiental de Antofagasta por la invitación a participar en esta publicación. Asimismo, agradezco a Tomás Valenzuela Zañartu por la revisión y lectura a la versión final de este trabajo.

especializada. En este sentido, con fecha 28 de junio de 2012, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.600, que creó los Tribunales Ambientales, judicatura sujeta a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento (art. 1° Ley N° 20.600)².

Se trata de un tribunal doblemente especializado, no solo por la materia que conoce, sino que también por su integración³. Ejercen jurisdicción sobre todo el territorio nacional con asiento de funcionamiento en las ciudades de Antofagasta, Santiago y Valdivia (art. 5° Ley N° 20.600).

Dentro de las competencias de los tribunales ambientales se encuentra la de conocer de las reclamaciones contra las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, dentro de las cuales cabe considerar los actos que aplican sanciones, pero también todas las resoluciones vinculadas con el ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA tales como las que se pronuncian sobre una denuncia y su archivo o las que aprueban programas de cumplimiento, entre otras.

Si bien los tribunales entraron en funcionamiento de manera diferida⁴, han transcurrido 10 años desde la publicación de la ley, lo cual justifica

² Al efecto véase a Tapia Canales, Javier y Cordero Vega, Luis, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”, en *Estudios Públicos*, n° 139, (2015), 7-65. Estos autores sostienen que la forma y alcance de la revisión judicial dependen de la interrelación: el carácter especializado o generalista del revisor, y el ámbito que le es conferido a éste para decidir. Señalan que tratándose de un revisor general la deferencia será mayor, la cual disminuye si el revisor tiene un carácter especializado, por lo cual estiman que sólo cuando ambas variables institucionales estén vinculadas (esto es, que el estándar de revisión esté diseñado “a la medida” de las características institucionales del revisor) el sistema institucional puede operar de una manera eficiente en un marco de legitimidad. Al final de su análisis, los autores dan cuenta de la actual desvinculación existente entre la variable institucional de especialización/generalidad y la variable relativa al estándar de revisión tiene consecuencias importantes para los sistemas por ellos estudiados (libre competencia y medio ambiente), lo cual ha implicado que la relación entre el órgano revisor y el decisor sea “antagónica”, principalmente por la ausencia de deferencia.

³ Estos tribunales son órganos colegiados, integrados por dos abogados y un licenciado en ciencias con especialización en medioambiente (art. 2° de la Ley). Véase a Moraga Sariego, Pilar, “Chile: Marco Normativo e Institucional de la Protección del Medio Ambiente”, en *Observatorio de Políticas Ambientales (OPAM)*, Coord. López Ramon, Fernando, (Madrid: Aranzadi, Thomson Reuters, 2015), 284.

⁴ El segundo Tribunal Ambiental entró en funcionamiento dentro del plazo de seis meses desde la publicación de la Ley, esto es, el 28 de diciembre del 2012. Por

que se analicen algunos de sus aspectos más relevantes. Bajo tal contexto, este trabajo tiene una finalidad estrictamente descriptiva cuyo objeto es dar cuenta de los criterios más relevantes del control judicial de las decisiones de los tribunales ambientales. En concreto, el análisis se limita a la revisión de las sentencias que se han pronunciado respecto de la legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA. A la luz de lo anterior, se determinan los avances, las dificultades y los desafíos que esta judicatura ha enfrentado y tendrá en lo sucesivo.

2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con lo dispuesto en el art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, los actos administrativos emitidos por la SMA son impugnables ante los Tribunales Ambientales⁵. Si bien, hasta antes de la creación de dicha instancia especializada, la legalidad de un número importante de actos administrativos ambientales se discutía por la vía del recurso de protección, con la entrada en funcionamiento de estos tribunales, las impugnaciones deben ser tramitadas ante esa instancia⁶.

su parte, el tercero entró en funcionamiento en diciembre de 2013 y el primero en julio de 2017.

⁵ Dicha judicatura es competente para: “Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción”.

⁶ Vgr. SCS Rol N° 2.892-2014 (20.04.2014), “Proyecto Inmobiliario Costa Laguna”; SCS Rol N° 16.817-2013 (22.05.2014), “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio”; SCS Rol N° 17.120-2013 (12.08.2014), “Proyecto Minero Manganese Los Pumas”; SCS Rol N° 8.774-2014 (21.08.2014), “Proyecto de Central Hidroeléctrica Cuervo”; SCS Rol N° 11.299-2014 (7.10.2014) “Comunidad indígena diaguita Yastai de Juntas de Valeriano y otros v. Comisión de Evaluación Ambiental”; SCS Rol N° 22.461-2014 (30.10.2014), “Comunidad Indígena Aymara de Parca y otros v. Comisión Regional de Evaluación Ambiental”; SCS Rol N° 21.973-2014 (03.11.2014), “Piscicultura Cocule”; SCS Rol N° 11.713-2014 (06.11.2014), “Optimización Central Termoeléctrica Bocamina 2”; SCS Rol N° 28.745-2014 (30.01.2015), “Central de Pasada Mediterráneo”; SCS Rol N° 27.923-2014 (11.03.2015), “Línea de arranque y subestación eléctrica Neptuno”; SCS Rol N° 37.777-2015 (14.03.2016), “Continuidad Operacional de Cerro Colorado”; SCS Rol N° 31.486-2016 (20.10.2016), “Empresa Portuaria Corral”; SCS Rol N° 35.244-2016 (05.09.2016), “Proyecto Parque Eólico La Cabaña”; SCS Rol N° 44.037-2016 (29.11.2016), “Centro Experimental de los Alimentos FTU Pargua”; SCS Rol N°

Lo anterior se desprende de la historia de la Ley N° 20.600, en particular, del Segundo Informe de Comisiones Unidas⁷, en donde se discutió el tema y se destacó que la creación de los tribunales ambientales permitiría resolver de manera más adecuada los conflictos medioambientales, por cuanto se trata de una judicatura especializada que entra a conocer en un juicio de lato conocimiento el fondo del asunto, ello a diferencia de las acciones de protección, cuyo objetivo es de naturaleza cautelar.

En este mismo sentido, la doctrina ha sostenido que el recurso de protección es la excepcionalidad en materia ambiental, por cuanto:

6121-2017 (06.06.2017), “Central de Respaldo Los Cóndores”; SCS Rol N° 9.318-2017 (12.12.2017), “Comunidad Indígena Diaguita de Conay y otros v. Compañía Minera Nevada SpA, y otros”; SCS Rol N° 15.539-2017 (8.01.2018), “Centro de Distribución El Peñón”; SCS Rol N° 37.836-2017 (7.03.2018), “Proyecto Central de Respaldo Combarbalá 75 MW”; SCS Rol N° 42.358-2017 (19.03.2018), Edificio Habitacional Quilín A”; SCS Rol N° 24.808-2018 (17.01.2019), “Depósito de Relaves Filtrados CM Florida”; SCS Rol N° 36.570-2019 (13.04.2020), “Concesiones mineras de explotación Las Brujas I”; SCS Rol N° 28.861-2019 (10.08.2020), “Echeñique v. Servicio de Evaluación Ambiental” mediante la cual se confirmó la SCA de Santiago 52900-2019; SCS Rol N° 79.272-2020 (19.02.2021), “Asociación indígena Koñintu Lafken Mapu v. Servicio de Evaluación Ambiental”, entre otras.

⁷ Historia de la Ley N°20.600, 267. Allí se sostuvo: “[...] una de las dificultades que presenta el recurso de protección es que un mismo tribunal, con formación general, resuelve una gran variedad de materias. En cambio, agregó, si se crean tribunales ambientales –como es el propósito- se obtendrá que un grupo significativo de jueces y profesionales se irán especializando y podrían, por lo tanto, contar con mejores instrumentos sobre estas materias, de forma que las decisiones que vayan adoptando van a ser mejor fundamentadas e, incluso, podrían alcanzarse soluciones técnicamente mejor encaminadas que las alcanzadas a través del recurso de protección. Entonces, prosiguió, tanto desde el punto de vista del acceso a la justicia como desde la perspectiva de la especialización del tribunal, señaló que es más probable que el tribunal ambiental atienda de mejor forma los conflictos que se presenten en el ámbito medioambiental.”. Enseguida, se señala que “[...] Los recursos de protección, prosiguió exponiendo, son acciones cautelares; no entran al fondo de la materia para determinar quién tiene la razón jurídica o la responsabilidad en el caso de que se trate. Solamente tienen por efecto proteger de forma inmediata un derecho que puede estar siendo amenazado o amagado. Ahora, en cambio, agregó, mediante el proyecto de ley en discusión se está creando un tribunal para efectos de conocer un contencioso administrativo. Los procedimientos contencioso-administrativos, dijo, se deberían definir sin referencias a problemas constitucionales, si no que decidiendo cuál procedimiento resulta más eficaz y genera una mayor economía procesal para efectos de obtener una resolución pronta”.

“A contar de la nueva institucionalidad del ramo emanada de las leyes 20.417 de 2010 y 20.600 de 2012, el Recurso de Protección solo puede resultar admisible ante eventos graves y muy excepcionales en que, por alguna causa, no se haya podido resguardar los derechos constitucionales mediante las vías de reclamación sectoriales”⁸.

En igual sentido, se ha señalado que el recurso de protección en materia ambiental constituye un remedio jurisdiccional destinado a hacerse cargo de los actos u omisiones ilegales en casos bien delimitados, a saber⁹:

- i. Cuando respecto de la acción u omisión recurrida no existe un instrumento de gestión ambiental asociado, esto es, no existe un acto previo para recurrir a los tribunales ambientales;
- ii. Cuando la amplitud de las medidas de intervención que puede adoptar la Corte de Apelaciones para restablecer el imperio del derecho, constituya una respuesta más adecuada e idónea que el remedio jurisdiccional que puede otorgar un tribunal ambiental, que es esencialmente anulatorio de un acto administrativo;
- iii. Cuando se produce una omisión, especialmente de la Administración (regulación o control); y
- iv. Cuando sea necesaria una intervención urgente frente a la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Luego, se hace preciso determinar qué resoluciones pueden ser objeto de la reclamación judicial, para lo cual se debe tener en consideración el art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, en relación con el art. 56 de la LOSMA¹⁰. Sobre el particular la doctrina ha señalado que:

⁸ Fernando Vohringer, Arturo y Chubretovic Arnaiz, Teresita, “El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol.43, n° 1 (2016), 61-90.

⁹ Bordalí Salamanca, Andrés y Hunter Ampuero, Iván, *Contencioso administrativo ambiental*, 2ª edición actualizada (Santiago: Librotecnia, 2020), 93.

¹⁰ Este precepto establece en sus incisos primero y segundo que: “Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental. Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables y aquéllas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta”.

“Es impugnabile por esta vía toda resolución de la SMA, y no sólo la que impone una sanción. En efecto, ello se desprende de lo dispuesto del art. 56 inc. 1° LOSMA: ‘Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental’. La literalidad de la disposición no limita la impugnación a los actos administrativos sancionadores de la SMA, sino a cualquier resolución de ésta. En consecuencia, otras clases de actuaciones terminales de la autoridad ambiental podrán ser revisadas judicialmente. Así, por ejemplo, las resoluciones que aprueban un plan de reparación; aceptan la autodenuncia; requieren el sometimiento al SEIA; o aprueban un programa de cumplimiento, podrán ser revisadas por esta vía judicial.

En este punto no debe olvidarse que lo impugnabile en el Derecho administrativo chileno son los actos terminales, es decir, el acto administrativo propiamente dicho, pero no lo son los actos de trámite.

En consecuencia, los actos que se insertan en un procedimiento administrativo, como el acto por el que se formulan cargos, niega una actuación, etc. Sólo serán impugnables en la medida que causen indefensión o pongan fin al procedimiento administrativo (art. 15 inc. 2° LBPA)”¹¹.

En consecuencia, si bien el art. 56 no distingue los tipos de resoluciones que pueden ser reclamadas, la remisión siempre debe entenderse, por regla general, a un acto administrativo terminal, esto es, “[...] aquellos en los que radica la resolución administrativa, es decir la decisión que pone fin al procedimiento. Se trata de la resolución que pone fin al procedimiento administrativo y en la que se contiene la decisión de las cuestiones planteadas por los interesados o por la propia Administración Pública”¹².

Dicho lo anterior, en el siguiente apartado se analizan los criterios más relevantes de la Corte Suprema en materia de revisión de las sentencias de los tribunales ambientales vinculadas al control del ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA.

¹¹ Bermúdez Soto, Jorge, “La Legitimación Activa en el Contencioso Ambiental”, en *La Nueva Justicia Ambiental. Coord. Ferrada Bórquez y otros*, (Santiago: La Ley, 2014), 168.

¹² Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, 3ª edición actualizada, (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 143.

3. REVISIÓN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS MÁS RELEVANTES DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE CONTROL JUDICIAL DE LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

En términos generales, el control judicial del proceso criminal tiene por objeto la verificación de un hecho punible a la luz del tipo penal descrito en la ley, a fin de definir responsabilidades de los autores o partícipes del mismo y aplicar la sanción correspondiente¹³. En cambio, el objeto del procedimiento de reclamo de multa administrativa es diametralmente opuesto, radica en discernir si la actuación de la Administración se ajusta a la legalidad, tanto en lo formal –las normas de tramitación del respectivo procedimiento– como en lo sustancial, en cuanto al cumplimiento de las garantías que nuestra Constitución y las leyes establecen¹⁴.

Según indica la Corte Suprema, el art. 20 del Código Penal establece que las multas administrativas no se reputan penas, antecedente que confirma que a ellas no se aplican los principios del derecho penal con la misma intensidad, desligados de la finalidad y naturaleza que dan a las sanciones administrativas un cariz distinto¹⁵.

Así, tratándose de la revisión judicial de las sanciones administrativas prima un control de legalidad, conforme al cual el juez se restringe a la revisión de la juridicidad de la decisión, tanto adjetiva como sustantiva¹⁶, sea por la concurrencia de un vicio de legalidad o constitucionalidad, sin efectuar consideraciones de mérito respecto de los extremos de la sanción aplicada por la autoridad administrativa¹⁷, lo cual no impide, ciertamente, que se pueda modificar el *quantum* de la multa impuesta por la autoridad administrativa en aquellos casos que se advierta el quebrantamiento del

¹³ De aquí deriva, por ejemplo, que la muerte del imputado extingue la responsabilidad penal, cuyo carácter personalísimo es reconocido justamente por el art. 93 de la respectiva compilación, en SCS Rol N° 41.815-2016 (01.03.2017), c. 32°, Pampa Camarones S.A. v. SMA

¹⁴ SCS Rol N° 17.736-2016 (13.12.2016) “ENDESA”, c. 19°.

¹⁵ SCS Roles N°s 1.079-2014 (30.10.2014), “Fisco de Chile v. Dorr Zegers” y 3.389-2015 (03.12.2015), “Cuneo Solari v. Superintendencia de Valores y Seguros”.

¹⁶ SCS Rol N° 34.073-2019 (10.02.2020), “Distribuidora Importadora Dimarsa Limitada v. Superintendencia de Electricidad y Combustible”, c. 3°.

¹⁷ SCS Rol N° 45.054-2017 (20.06.2018), “Chilquinta Energía v. Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, c. 11°.

principio de proporcionalidad, toda vez que aquello permite asentar la ilegalidad del acto administrativo¹⁸.

En otros términos, el control judicial de la potestad sancionadora de la Administración comprende la legalidad, razonabilidad de la medida y su proporcionalidad, sin que pueda por esa vía evaluar el mérito de la sanción¹⁹.

Ahora bien, para efectos de esta investigación, se revisaron los pronunciamientos más relevantes de la Corte Suprema emitidos respecto de las sentencias de los tribunales ambientales que revisaron la legalidad de los actos de la SMA²⁰, centrándose la revisión en los actos vinculados con el ejercicio de la potestad sancionadora.

Luego de la revisión de los fallos, los criterios que se pueden desprender son los siguientes:

3.1. Los tribunales ambientales son competentes para conocer de las reclamaciones deducidas contra actos trámite

El art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 otorga competencia a los tribunales ambientales para “Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la LOSMA”.

Al respecto, se ha precisado que es impugnabile por esta vía toda resolución de la SMA, no sólo las que imponen una sanción, por cuanto “La literalidad de la disposición no limita la impugnación a los actos administrativos sancionadores, sino a cualquier resolución de ésta. En consecuencia,

¹⁸ La sanción impuesta debe ser proporcional, “[...] toda vez que, si no cumple esta exigencia, se estaría frente al ejercicio abusivo y arbitrario de una facultad discrecional entregada por la ley a la autoridad administrativa.” (SCS Rol N° 12.641-2018, (14.05.2019), “Siom SPA v. Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana”, c. 11°).

¹⁹ SCS Rol N° 12.926-2022 (17.08.2022), “Corporación Educacional Christian Garden School v. Superintendencia de Educación”.

²⁰ Para tal labor se utilizó la plataforma VLex y los tesauros empleados fueron: “superintendencia del medio ambiente” 20.417 “tribunal ambiental”, de los resultados se revisaron aquellos fallos emitidos por la Tercera Sala de la Corte Suprema en materia de casación ambiental, excluyendo los recursos de queja y las acciones de protección.

otras clases de actuaciones terminales de la autoridad ambiental podrán ser revisadas judicialmente”²¹.

Por su parte, la Corte Suprema señala que la reclamación del art. 17 N° 3 de la LOSMA, solo procede respecto de actos terminales y no de actos trámite²², esto es, respecto de actuaciones dictadas dentro de la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, por cuanto no tienen la virtud de decidir el fondo²³.

Ahora bien, cabe tener presente que por regla general los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión (art. 15 inciso 2° de la LBPA). Siguiendo esta regla, en materia ambiental se han admitido impugnaciones respecto de actos de mero trámite en dos supuestos específicos:

- i. Primero, en caso de infracción a lo dispuesto en el art. 54 inciso 2° de la LOSMA. Este precepto establece que, emitido el dictamen, el instructor del procedimiento elevará los antecedentes al Superintendente, quien resolverá en el plazo de diez días, dictando al efecto una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, según corresponda. Enseguida, su inciso 2° dispone que no obstante lo anterior, el Superintendente podrá ordenar la realización de nuevas diligencias o la corrección de vicios de procedimiento, fijando un plazo para tales efectos, dando audiencia al investigado. Finalmente, su inciso 3° señala que ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos.

En este supuesto, si el acto del Superintendente omite dar audiencia al investigado, aun cuando se trate de un acto trámite,

²¹ Bermúdez Soto, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 531.

²² “Son actos trámites aquellos que se dictan dentro de un procedimiento administrativo y que dan curso progresivo al mismo. Actos terminales o decisorios son aquellos en los que radica la resolución administrativa, es decir, la decisión que pone fin al procedimiento. Se trata de la resolución que pone fin al procedimiento administrativo y en la que se contiene la decisión de las cuestiones planteadas por los interesados o por la propia Administración Pública”, en Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*, 142-143.

²³ SCS Rol N° 5.328-2016 (20.09.2016), “Empresa Nacional de Electricidad v. Superintendencia del Medio Ambiente”, que resuelve casación en contra de la Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental Rol N° R-21-2015 (24.12.2015).

será impugnabile por cuanto su omisión afecta el derecho a la defensa del infractor²⁴.

- ii. Segundo, respecto del acto de la SMA que se pronuncia sobre la aprobación o rechazo de un PdC. No cabe duda que el PdC es un acto de trámite por cuanto no se pronuncia sobre el fondo del asunto²⁵, pero, al mismo tiempo, inhibe la emisión de un acto terminal al respecto. Por tal razón, es difícil que pueda ser enmarcado en alguna de estas dos categorías, lo que explica que sea denominado como un “acto trámite cualificado”²⁶. Estos actos, según la doctrina, corresponden a actuaciones que condicionan de forma vinculante la resolución final²⁷, lo cual permite explicar que sean una excepción a la inimpugnabilidad de este tipo de actos²⁸. Esto se refuerza con la norma que establece que todas las resoluciones de la SMA que no se ajustan a la ley son reclamables²⁹.

²⁴ Al respecto, véase sentencia Rol N° 262-2020 (12.08.2021) “ENAP Refinerías S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”. Esta decisión fue recurrida por la SMA la cual fue declarada inadmisibile por la Corte Suprema en sentencia Rol N° 82.391-2021 (21.02.2022).

²⁵ SCS Rol N° 117.379-2020 (08.02.2021), “León v. Superintendencia del Medio Ambiente”. En el mismo sentido véase las SCS Roles N°s. 3.682-2017 (20.12.2017), “EcoMaule v. Superintendencia del Medio Ambiente”; 18.341-2017 (27.12.2017), “Sociedad Agrícola El Tranque v. Superintendencia del Medio Ambiente”; 75.804-2021 (18.04.2022), “Comunidad de aguas subterráneas sector tres La Puerta-Mal Paso v. Superintendencia del Medio Ambiente”, entre otras.

²⁶ En este sentido, por ejemplo, el Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta sostuvo que: “Centésimo sexagésimo segundo. Que, en función de lo anterior, este Tribunal considera que la resolución administrativa que aprueba la procedencia de un PdC es un acto trámite cualificado, entendiéndose que si bien en un inicio lo que este acto persigue es aprobar este plan de acciones y medidas que pretende redirigir al infractor al cumplimiento”. Sentencia Rol N° R-21-2019 (27.10.2020), “Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro v. Superintendencia del Medio Ambiente”, la cual se encuentra firme y ejecutoriada.

²⁷ Cordero Vega, Luis, “Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la central termoeléctrica castilla un caso de derecho administrativo procedimental”, *Revista de Derecho Ambiental*, año III (2011), 197.

²⁸ Sobre el particular véase a Valdivia Olivares, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 208. A nivel comparado se puede consultar a Bocanegra Sierra, Raúl, Actos de trámite en Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho Administrativo* (Madrid: Iustel, Tomo I, 2005), 85.

²⁹ Plumer Bodin, Marie Claude, “Los tribunales ambientales: se completa la reforma la institucionalidad ambiental”, Anuario Derecho Público Universidad Diego Port-

3.2. Sobre el acceso a los actos trámite del procedimiento administrativo, en especial, las comunicaciones e informes entre servicios públicos

Al respecto, se ha señalado que sin perjuicio del conocimiento del administrado en relación con las distintas piezas que se agreguen al expediente, no existe obligación ni corresponde a la SMA dar traslado de estos actos, toda vez que estos informes son facultativos y no vinculantes de acuerdo con el art. 38 de la LBPA y nada impide que el interesado ejerza los recursos contra el acto de término en cuya dictación incidieron tales informes.

Tampoco hay norma alguna que establezca un plazo perentorio o determinado para la entrega de copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente, considerando que la obligación legal de notificar y publicar formalmente los actos administrativos sólo es exigible respecto de sus destinatarios para quienes generan efectos directos, mas no en lo relativo a las comunicaciones que se dirigen entre sí los servicios que informan en un procedimiento administrativo.

Este criterio ha sido validado por la Corte Suprema la cual ha señalado que, a propósito de la adopción de una medida provisional, no existe obligación legal alguna de dar traslado al titular del proyecto respecto de todas las comunicaciones que se verifiquen entre los órganos administrativos a efectos de reunir antecedentes destinados a evaluar la procedencia de una medida provisional pre procedimental. Ello resulta concordante, además, con el carácter urgente de su establecimiento, que dificulta la notificación y transcurso de un término de emplazamiento en relación a cada una de tales comunicaciones³⁰.

Si bien, se comparte este criterio, cabe señalar que para efectos de un adecuado ejercicio del derecho a la defensa, resulta necesario que los informes y comunicaciones entre servicios consten en el expediente digital, en particular si se tiene presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual ha sostenido que “[...] el derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles” (c. 37°), para lo cual resulta gravitante conocer el contenido de los actos que incidieron en el acto terminal³¹.

les, n° 1 (2013), 314.

³⁰ SCS Rol N° 61.291-2016 (24.04.2017), c. 21, “Pampa Camarones”.

³¹ STC Rol N° 376 (17.06.2003), de 2003.

3.3. La SMA se encuentra obligada a fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar al medio ambiente

Al respecto, en un primer momento la jurisprudencia ambiental sostuvo que la SMA no era competente para conocer de una denuncia cuando no existe ningún instrumento de carácter ambiental en cuya virtud pueda ejercer sus facultades de fiscalización y sanción. Al efecto, se indicó que la competencia de la SMA para fiscalizar y sancionar, de acuerdo con el art. 2° de la LOSMA, consiste en ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalizar un conjunto de instrumentos de carácter ambiental, entre los que se cuentan las Resoluciones de Calificación Ambiental.

Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que de acuerdo con el referido art. 2° de la LOSMA, la SMA se encuentra obligada a fiscalizar toda clase de actividades que puedan lesionar al medio ambiente, con independencia de si las mismas han sido sometidas previamente al SEIA, puesto que, en la perspectiva del deber de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que recae sobre el Estado, sus funciones no se pueden ver constreñidas, de manera artificial, por una exigencia de esa clase, máxime si por intermedio de semejante determinación se podría omitir la realización de las conductas necesarias para salvaguardar el medio ambiente de daños ya producidos o se podría abordar su solución con una mirada ajena a la que es propia del derecho medio ambiental³².

3.4. La SMA y los tribunales ambientales pueden ordenar complementar un PdC

Al respecto, se ha sostenido que si el programa de cumplimiento no satisface los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, no existe impedimento para que el tribunal ordene a la SMA su complementación, cuestión que se relaciona con la posibilidad de materializar el fin que el legislador tuvo presente al incorporar este instrumento de incentivo al cumplimiento, que no es otro que lograr en el menor tiempo posible que se cumpla con la normativa ambiental y se realicen acciones que se hagan cargo de los efectos que produjo el incumplimiento.

En tal sentido, cabe tener presente que el art. 9° del Decreto Supremo N° 30, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Re-

³² SCS Rol N° 15.549-2017 (09.01.2018), “Sindicato trabajadores independientes, pescadores artesanales, buzos mariscadores y ramas similares, de caleta ventanas y otros v. Superintendencia del Medio Ambiente”, sentencia de reemplazo.

glamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación, impide que se apruebe un programa que no cumpla con los criterios exigidos por la norma; luego, no ordena que se rechace. En tanto, el art. 42 de la LOSMA, dispone que el programa debe presentarse en un plazo de 10 días, luego de lo cual, cumplida esta exigencia, el programa debe ser estudiado por el organismo fiscalizador, el que conforme lo dispone el art. 8° del referido decreto, fundadamente puede solicitar a los organismos sectoriales con competencia ambiental que corresponda los informes que juzgue necesarios para resolver.

Por tanto, si concluido el estudio, la SMA o el tribunal ambiental³³ estiman que hay aspectos que deben ser complementados, sea porque el instrumento no aborda todos los hechos infraccionales, no propone planes para hacerse cargo de los efectos del incumplimiento o no señala con claridad el cronograma de cumplimiento u objetivos a ejecutar, puede solicitar al infractor que perfeccione el referido instrumento, todo esto sin perjuicio de la facultad de la SMA de rechazar programas presentados por infractores excluidos del beneficio o por carecer el instrumento de la seriedad mínima o presentar deficiencias que son insubsanables, caso en el cual, atendido el rechazo, se proseguirá con el procedimiento sancionatorio³⁴.

Bajo tal contexto, la presentación de un PdC puede dar lugar a observaciones y/o comentarios por parte de la SMA hasta concluir en un PdC

³³ Véase SCS Rol N° 67.418-2016 (03.07.2017), “Víctor Barria Oyarzo v. Superintendencia del Medio Ambiente”, c. 8° y ss., en la cual se ratifica la decisión del TA que ordenó a la SMA que proceda a dictar el acto que complemente la Resolución reclamada y que resuelva de manera íntegra respecto de la obligación de la empresa de limpiar el estero El Clavito, en conformidad a los antecedentes que obran en el procedimiento administrativo y que rechaza la petición de disponer continuar con el procedimiento sancionatorio. La Corte agrega que “[...] no se encontraba facultado el tribunal para rechazar el plan de cumplimiento y sustituir la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente, según lo dispone el artículo 30 de la Ley N° 20.600, que establece que la sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada.” Este mismo criterio se sigue en la SCS N° 11.485-2017 (05.03.2018), “Pastene Solís Juan Gilberto con Superintendencia del Medio Ambiente”, c. 17° y ss. “Minera La Florida”.

³⁴ En la SCS Rol N° 67.418-2016 (03.07.2017), c. 7° y 2018 SCS N° 11.485-2017, c. 19°, “Minera La Florida”.

refundido³⁵ o, en caso que sea objeto de reclamación judicial, el tribunal ambiental puede ordenar que se complemente el programa.

Lo anterior, busca asegurar que el PdC cumpla con los objetivos de la normativa ambiental como es incentivar su cumplimiento a través del fomento de la colaboración con la autoridad pública para facilitar la labor de fiscalización y conseguir en el menor tiempo posible los fines propios de la legislación ambiental³⁶.

3.5. *Al acto de reformulación de cargos se le aplican los mismos principios y disposiciones legales que informan y regulan la formulación de cargos*

Al respecto, la doctrina ha afirmado que dentro del plazo de seis meses de duración del procedimiento administrativo (art. 27 de la LBPA), y antes de la dictación del administrativo terminal, la Administración podrá “[...] reformular los cargos realizados al eventual infractor, en razón de lo

³⁵ En la SCS Rol N° 11.485-2017 (05.03.2018), “Minera La Florida” (2do TA), la Corte Suprema indicó que la SMA se encuentra facultada para exigir la complementación de un PDC insuficiente por cuanto “No existe impedimento para que la autoridad ordene su complementación, cuestión que se relaciona con la posibilidad de materializar el fin que el legislador tuvo presente al incorporar este instrumento de incentivo al cumplimiento, que no es otro que lograr en el menor tiempo posible que se cumpla con la normativa ambiental y se realicen acciones que se hagan cargo de los efectos que produjo el incumplimiento [...] Si estima que hay aspectos que deben ser complementados, sea porque el instrumento no aborda todos los hechos infraccionales o no propone planes para hacerse cargo de los efectos del incumplimiento o no señala con claridad el cronograma de cumplimiento u objetivos a ejecutar, puede solicitar al infractor que perfeccione el referido instrumento, todo esto sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia de rechazar programas presentados por infractores excluidos del beneficio o por carecer el instrumento de la seriedad mínima o presentar deficiencias que son insubsanables” (c. 19).

Con todo, cabe hacer presente que en la sentencia Rol N° 65.968-2021 (05.09.2022), “Turismo E Inversiones S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”, la Corte Suprema sostuvo, en síntesis, que la Ley N° 20.417 no faculta a la SMA para aceptar un plan de cumplimiento refundido o consolidado. Esta doctrina no solo contraviene los fines de la institucionalidad ambiental, sino que también los propios precedentes del máximo tribunal. Un comentario crítico a este fallo se puede ver en Gómez, Rosa, Legalidad de los programas de cumplimiento refundidos en materia ambiental: interpretación literal versus interpretación sistemática, disponible en El Mercurio Legal.

³⁶ SCS Rol 67.418-2016 (03.07.2017).

dispuesto en el artículo 13 de la LBPA, que fija el principio de no formalización”, aunque ésta “[...] sólo puede fundarse en hechos antecedentes nuevos, que la autoridad sancionadora no pudo conocer a la fecha de formulación de los de cargos o investigación”. Con ello, procederá la reformulación de cargos si en atención a los nuevos antecedentes o hechos, se hace necesario una nueva calificación jurídica de los hechos que fundan el procedimiento y de la gravedad de la sanción, todo ello mediante un acto debidamente fundado³⁷.

En materia ambiental, tanto la SMA como los tribunales ambientales han reconocido la procedencia de la reformulación de cargos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha señalado que el acto administrativo de reformulación de cargos es un acto trámite al cual se le aplican los mismos principios y disposiciones legales que informan y regulan la formulación de cargos.

En otros términos, la formulación de cargos y su posterior reformulación no implican resolución alguna sobre el fondo del asunto controvertido, esto es, sobre la existencia o no de una infracción a la normativa ambiental, sino que únicamente se trata del acto trámite que tiene por objeto dar inicio a la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, comunicando al presunto infractor las imputaciones en su contra y las disposiciones que se estiman infringidas, a fin de otorgarle la posibilidad de, evacuando descargos, presentar defensas tendientes a desvirtuar tales hechos y rendir prueba en apoyo a sus pretensiones.

Como acto trámite, la reformulación de cargos no causa indefensión en el administrado, por el contrario, según lo disponen los arts. 49 y 50 de la LOSMA, nace un plazo para evacuar descargos, solicitar diligencias y rendir prueba³⁸.

De este modo, queda de manifiesto que el legislador ha establecido que la vía jurídica que tiene el administrado para defenderse, impugnando o controvirtiendo la formulación o reformulación de cargos, es precisamente el escrito de descargos. Desconocer lo anterior implicaría desvirtuar el curso del procedimiento administrativo sancionador, caracterizado por la existencia de etapas regladas.

³⁷ Véase Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol N° R-122-2016 (30.03.2017), “Sociedad Agrícola El Tranque de Angostura Limitada v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

³⁸ Con todo, se debe tener presente lo analizado *supra* en el punto 3.2.

A mayor abundamiento, el acto terminal del procedimiento administrativo sancionador será aquel que se pronuncie en definitiva sobre la existencia o no de las infracciones, su gravedad y las sanciones aplicables en caso de resultar ellas acreditadas. Es precisamente ésta la resolución que resulta reclamable, a la luz del art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600.

Como consecuencia de lo anterior, no procede la invalidación en contra del acto que formule cargos ni contra su reformulación, pues ésta no constituye la vía jurídicamente procedente para controvertirlos, atendido, especialmente, que no constituyen un acto terminal³⁹.

3.6. El tribunal ambiental debe limitarse a conocer solo lo planteado por las partes

Según ha indicado la Corte Suprema, los tribunales de justicia deben ceñirse tanto al principio de pasividad que rige su actuar, como al de congruencia determinado por los asuntos sometidos a su decisión, principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, en una armónica concatenación de ideas, porque la congruencia procesal de una sentencia es un imperativo insoslayable para el magistrado al decidir toda controversia⁴⁰.

Teniendo presente lo anterior, la Corte Suprema ha sostenido que el tribunal ambiental excede del ámbito propio de la litis al extender su dictamen a puntos no contenidos en ella, lo que se encuentra comprendido en la causal del N° 4 del art. 768 del Código de Procedimiento Civil, denominada *ultra petita*⁴¹. En la especie, el vicio consistió en la orden dada por el tribunal ambiental a la SMA de dividir una de las infracciones imputadas en dos y sancionarlas de manera independiente.

En primer término, el fallo aplica el principio de congruencia de la actividad procesal, esto es, entre lo pedido por las partes y lo concedido por el tribunal. Enseguida, en principio, la sentencia no proscribía la posibilidad de que el tribunal ambiental pueda emitir una sentencia marco⁴², ello en

³⁹ SCS Rol 18.341-2017 (17.12.2017), “Sociedad Agrícola El Tranque de Angostura Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente”, Segundo Tribunal Ambiental.

⁴⁰ SCS Rol N° 36.202-2017 (06.11.2017), c. 3°, “Carrasco Martínez Catalina Andrea con Superintendencia del Medio Ambiente”, Segundo Tribunal Ambiental.

⁴¹ SCS Rol N° 25.931-2014 (04.06.2015) “Sociedad Eléctrica Santiago S.A.”, acoge el recurso de casación en la forma respecto de sentencia del TA de Santiago.

⁴² La sentencia marco indica los requisitos a los cuales deberá ajustarse la actuación administrativa al emitir el nuevo acto, en Huergo Lora, Alejandro, *Las pre-*

la medida que se encuentre en armonía con lo planteado por las partes en sus petitorios o corresponda a una exigencia legal.

Un ejemplo de sentencia marco se puede encontrar en el fallo del Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia), en la que se anuló parcialmente el acto de la SMA sólo en cuanto a que la sanción impuesta respecto de una de las infracciones allí indicadas debía ser modificada por la SMA, considerando la circunstancia de la letra d) del art. 40 de la LOSMA al momento de la determinación de la sanción específica⁴³.

Esta decisión fue confirmada posteriormente por la Corte Suprema, al señalar que:

“Que existió una determinación de la voluntad de parte de Endesa en el sentido de realizar dicho proyecto o actividad aun no contando con una resolución de calificación ambiental y que, por lo tanto, existió intencionalidad en la comisión de la infracción”⁴⁴.

tensiones de condena en el contencioso-administrativo (Aranzadi: Cizur Menor, 2000), 283 y ss.; Doménech Pascual, Gabriel, “Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa”, Revista Andaluza de Administración Pública, n° 100, Monográfico Conmemorativo (2018), 151; Cano Campos, Tomás, *Sanciones Administrativas* (Madrid: Francis Lefèbvre, 2018), 218. En otros términos, como una forma de evitar las dilaciones indebidas y supuestos de prescripción, el juez puede indicar, en su sentencia, los elementos que la Administración deberá necesariamente tener en especial consideración al momento de dictar la nueva resolución sancionadora, orientaciones que el acto sancionador no podrá soslayar, en Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* (Madrid: Tecnos, 5° Edición, 2012), 120.

⁴³ En la sentencia R-6-2014 del Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia), “Empresa Nacional de Electricidad S.A. con SMA”, se sostuvo que la SMA no consideró el criterio de “intencionalidad” para determinar la sanción respecto de una de las infracciones allí imputadas, por lo cual anuló en aquella parte la resolución administrativa y remitió los antecedentes a la SMA para que adoptara una nueva decisión conforme a dicha circunstancia.

Ahora bien, en relación con el criterio “intencionalidad”, se ha señalado como que dentro de los elementos que se deben considerar para establecer su concurrencia se encuentran la condición de “sujeto calificado” del obligado y el contexto que da cuenta del conocimiento que tiene el infractor de los hechos asociados a su incumplimiento (indicios), en SCS Rol N° 24.812-2020 (13.12.2022), “Cehulosa Arauco y Constitución S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”, c. 33°.

⁴⁴ SCS Rol N° 5.838-2015 (31.12.2015), “Empresa Nacional de Electricidad, Marisol Ortega Aravena y otro v. Superintendencia del Medio Ambiente”, c. 15°.

Asimismo, este criterio se encuentra en la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en el caso “Fuenzalida Moure Compañía Limitada o FMC Ltda. con SMA”, en el cual se acogió parcialmente el reclamo deducido en contra de la resolución de la SMA ordenando la anulación del capítulo relativo a las consideraciones de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, para la determinación de la sanción específica, instruyendo que la SMA dicte una nueva resolución que, manteniendo la tipificación y calificación de las infracciones, supere su insuficiente motivación⁴⁵.

3.7. Sobre los terceros coadyuvantes en las reclamaciones judiciales

La doctrina ha señalado que el tercero coadyuvante es “[...] aquel que tiene un interés jurídico propio en un conflicto ajeno; pero en condiciones tales que la defensa del interés propio le conduce al litigio a defender el interés ajeno”⁴⁶. En otros términos, son coadyuvantes “[...] las personas que, sin ser partes directas en el juicio, intervienen en él, por tener un interés actual en sus resultados, para la defensa del cual sostienen pretensiones armónicas y concordantes con las de una de las partes directas” agregando que “La ley equipara al tercero coadyuvante con la parte misma a quien coadyuva”⁴⁷.

Por su parte, interesa destacar el art. 23 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que son terceros coadyuvantes:

“Los que, sin ser partes directas en el juicio, tengan interés actual en sus resultados, podrán en cualquier estado de él intervenir como coadyuvantes, y tendrán en tal caso los mismos derechos que concede el artículo 16 a cada una de las partes representadas por un procurador común, continuando el juicio en el estado en que se encuentre”⁴⁸.

De esta norma fluyen como requisitos para aceptar tal comparecencia: 1°) Que el compareciente sea un tercero distinto de los interesados directos; 2°) Que el juicio se encuentre en tramitación; y 3°) Que quien se apersona al pleito tenga interés actual; y 4°) Que tal interés sea armónico

⁴⁵ Decisión confirmada por la SCS Rol N° 79.353-2020 (26.04.2021). “Fuenzalida Moure Compañía Limitada o FMC Ltda. con SMA”.

⁴⁶ Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil, “El Juez, las partes y el proceso”*, vol. III, (Santiago: Editorial Puntotex S.A., 2010).

⁴⁷ Rodríguez Garcés, Sergio, *Tratado de las Tercerías*. Tomo I, 3ª Edición (Santiago: Editorial Vitacura, 1987), 173.

⁴⁸ SCS Rol N° 27.322-2014 (17.12.2015), “Cortez Benítez Ana Cecilia”, c. 6°.

con el de una de las partes en el juicio. Por tanto, constituye un presupuesto básico para la admisión como tercero coadyuvante que quien aduce tal carácter no sea parte directa en el proceso.

No obstante lo anterior, en una oportunidad se admitió la intervención como tercero coadyuvante de un infractor que no reclamó judicialmente el acto de la SMA, pero que en el proceso seguido ante la judicatura ambiental solicitó se le reconociera dicha calidad.

Al efecto, la Corte Suprema fue categórica en señalar que el tercero coadyuvante es aquel que interviene en un juicio ya iniciado, de modo que es improcedente la pretensión de un infractor de apersonarse como tercero coadyuvante de la SMA, toda vez que en el procedimiento cuya legalidad se revisa -y del que nace el acto administrativo impugnado- tuvo la calidad de sujeto pasivo, parte directa que soportó el ejercicio de la acción fiscalizadora e investigadora del organismo citado⁴⁹.

En opinión de la Corte resulta del todo insostenible que en el infractor actúe como tercero ajeno, menos aún en calidad de coadyuvante de un órgano del Estado que representa los intereses públicos, calidad en la que dirigió su accionar en contra de quien se pretende coadyuvante. Así, no se puede equiparar la situación del infractor a la de los terceros que eventualmente sólo tienen un interés en que se mantenga un acto determinado (v.gr. denunciante o afectados por la infracción), para cuyos efectos concurren en el contencioso administrativo colaborando con el órgano de la Administración⁵⁰.

⁴⁹ Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que: “[...] se denomina coadyuvante a la persona que interviene en el proceso velando por sus intereses legítimos, pero en una posición subordinada a una de las partes principales a la que ayuda de forma instrumental, adhiriéndose a sus pretensiones y sin poder actuar con autonomía respecto de ella. En el mismo sentido, se puede señalar que se denomina así al tercero que, por ser titular de un derecho conexo o dependiente con respecto a las pretensiones articuladas en el proceso, participa en éste con el objeto de colaborar en la gestión procesal de una de las partes. Se trata de una intervención de adhesión simple de un tercero que no posee el carácter autónomo en el proceso, pues su legitimación para tomar intervención en dicho proceso es de naturaleza subordinada o dependiente respecto de la parte con la cual coopera o colabora. De allí que su situación procesal se encuentre determinada por la conducta del litigante principal, puesto que se halla facultado para realizar toda clase de actos procesales siempre que sean compatibles o no perjudiquen el interés de este último.”, en SCS Rol N° 11.600-2014 (30.12.2014) “Compañía Minera Nevada SpA”, se refiere a la sentencia del Tribunal Ambiental de Santiago.

⁵⁰ SCS Rol N° 11.600-2014 (30.12.2014) “Compañía Minera Nevada SpA”, se refiere a la sentencia del Tribunal Ambiental de Santiago.

Por su parte, el máximo tribunal también ha señalado que las acciones deducidas por los terceros coadyuvantes distintos al sujeto infractor se encuentran subordinadas a los intereses de la parte respecto de la cual adhieren su defensa, de modo que, si son coadyuvantes de la SMA y ésta se desiste, los recursos respectivos deben ser rechazados por cuanto “[...] el tercero coadyuvante participa en el proceso respaldando y reforzando el interés de la parte principal, es decir, su posición se encuentra subordinada a dicha pretensión y no puede subsistir de manera autónoma”⁵¹.

3.8. Los tribunales ambientales son competentes para conocer de la negativa a entregar copias del expediente de fiscalización

Conforme con este criterio, si en el contexto de un procedimiento de fiscalización ambiental, los sujetos fiscalizados solicitan copia de dichos expedientes, los tribunales ambientales son competentes para conocer de la negativa a entregar las copias solicitadas, en virtud de lo dispuesto en el art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, descartando que dicho acto sea impugnante ante el Consejo para la Transparencia⁵².

Al respecto, el máximo tribunal ha señalado que la posición de fiscalizado corresponde a la condición de interesado en el respectivo procedimiento administrativo, según la define el art. 21 N° 2 de LBPA, por lo que los sujetos fiscalizados tienen derecho, en principio, a “obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente”, de acuerdo con lo previsto en el art. 17 N° 1 letra a) de la LBPA⁵³.

Sin embargo, la LBPA no establece un procedimiento para el ejercicio del señalado derecho ante la negativa de la Administración a entregar la información solicitada, en cuyo caso corresponde aplicar el procedimiento genérico de reclamación que establece el art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600.

Además, el máximo tribunal precisa que si bien la SMA puede invocar la causal de secreto o reserva del art. 21 N° 1 letra b) de la Ley N° 20.285 frente al

⁵¹ SCS Rol N° 24.870-2018 (17.12.2019), c. 12°, “Sociedad Química y Minera de Chile v. Superintendencia del Medio Ambiente”; SCS Rol N° 11.600-2014 (30.12.2014), “Compañía Minera Nevada SpA”.

⁵² SCS Rol N° 41.790-2016 (07.08.2017), “Empresa Eléctrica Campiche S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente” c. 8°, se refiere a la sentencia del 2do TA.

⁵³ SCS Rol N° 41.790-2016 (07.08.2017), c. 7°, se refiere a la sentencia del 2do TA.

fiscalizado que solicita copia del expediente respectivo, la carga de la motivación aumenta a medida que pasa el tiempo desde que se llevó a cabo la fiscalización⁵⁴.

3.9. La Corte Suprema, en el contexto del recurso de casación ambiental, puede sustituir el acto emitido por la SMA

A diferencia del límite impuesto a los tribunales ambientales por el art. 30 inciso 2° de la Ley N° 20.600⁵⁵, la Corte Suprema estima que la restricción allí dispuesta no le es aplicable cuando conoce de un recurso de casación, de modo que puede sustituir las competencias propias de la SMA y modificar o imponer sanciones directamente.

Al efecto, cabe tener presente que en materia de sanciones administrativas una de las cuestiones gravitantes de la revisión judicial ha sido determinar si el juez puede controlar la discrecionalidad que tiene la autoridad al momento de imponer la sanción y si puede sustituir la decisión del órgano administrativo. La primera interrogante ha sido superada hace tiempo por cuanto diversos son los elementos de las potestades discrecionales susceptibles de control (*v.gr.* existencia de la potestad, competencia del órgano, oportunidad en su ejercicio, respeto a las reglas procedimentales, motivación, sujeción a los principios generales del derecho, entre otros)⁵⁶. La segunda interrogante es más compleja de responder por cuanto la sustitución de la decisión administrativa comporta un desplazamiento de la potestad sancionadora desde sede administrativa a la jurisdiccional.

En materia ambiental se procuró atender a esta problemática limitando la competencia revisora de los tribunales ambientales al establecer que no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados, debiendo devolver a la instancia administrativa el acto declarado ilegal, para que esta

⁵⁴ SCS Rol N° 41.790-2016 (07.08.2017), N° 8, sentencia de reemplazo, se refiere a la sentencia del 2do TA.

⁵⁵ SCS Rol N° 3470-2018 (09.07.2019), “Ricardo Andrés Durán Mococaín v. Superintendencia del Medio Ambiente”, c. 34° en donde se sostuvo que “[...] los sentenciadores incurrieron en el error de derecho que se les atribuye en los recursos de casación en el fondo, toda vez, que además de anular parcialmente la Resolución Exenta N° 489 de 2017 de la SMA, ordenan la instrucción de un procedimiento sancionatorio y la formulación de cargos en éste, determinando así el contenido de un acto discrecional en contravención a lo dispuesto en el artículo 30 inciso 2° de la Ley N° 20.600”.

⁵⁶ Gómez González, Rosa, *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2021).

emita uno nuevo conforme a derecho (art. 30 inciso 2° de la Ley N° 20.600)⁵⁷. Existe un consenso en orden a que este límite se aplica a la revisión de los actos terminales en los procedimientos sancionatorios ambientales.

Según señala la doctrina la norma tiene por objeto acotar los poderes del control jurisdiccional, lo cual puede implicar que la tutela judicial efectiva se pueda ver afectada, por lo que debe ser interpretado de forma estricta. Así, “Lo que impide la norma es que el juez pueda determinar el contenido de un acto administrativo discrecional, pero no impide que puedan ser controlados todos los elementos formulados para el control de la discrecionalidad”⁵⁸.

Conforme al aludido precepto, los tribunales ambientales solo pueden determinar la legalidad de la resolución sancionatoria, anularla en caso de que se detecte un vicio esencial, identificándolos, pero no hacer una rebaja directa de la multa aplicada o un cambio de sanción⁵⁹.

De este modo, en materia ambiental, la aplicación de sanciones por parte de la autoridad administrativa (SMA) es una potestad discrecional⁶⁰, correspondiéndole a dicho órgano ponderar las circunstancias concurrentes para satisfacer la debida proporcionalidad entre los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad exigida⁶¹, al atribuir la potestad de de-

⁵⁷ Al respecto, se ha señalado que “En relación a la discusión sobre qué estándar de revisión ejercerían los TA, cabe indicar que el mensaje del proyecto de ley proponía un estándar amplio expresado en la facultad de sustitución y reemplazo de las decisiones administrativas ambientales. Se cuestionó, entre otras materias, que bajo dicho estándar y en relación a ciertos instrumentos ambientales (por ejemplo, normas de calidad o de emisión) el TA, en vez de ejercer jurisdicción e impartir justicia, se transformaría en un verdadero regulador ambiental. De tal manera que dicha propuesta se modificó, en el sentido de limitar el estándar de revisión, acotándolo a los ámbitos de la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, excluyendo la revisión plena de sustitución o reemplazo.”, en Plumer Bodin, Marie Claude, “Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”, 297-315.

⁵⁸ Bermúdez Soto, Jorge, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 545-546, y en Bermúdez Soto, Jorge, “Discrecionalidad de conceptos jurídicos determinados en la actuación de la administración pública”, *Revista de Derecho administrativo*, n° 7 (2013), 3 y ss.

⁵⁹ Sentencias del Primer Tribunal Ambiental Rol R-12-2018 (20.12.2018), “Jay Inversiones SpA v. SMA”, c. 64° y ss.; Rol R-15-2019 (01.07.2019), “Municipalidad de Iquique v. SMA”, c. 181°, entre otras.

⁶⁰ SCS Rol N° 127.275-2020 (12.07.2022), “Compañía Minera Nevada SPA v. Superintendencia del Medio Ambiente” caso Pascua Lama, c. 16 y ss.

⁶¹ Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia), causa R-6-2014 (27.03.2015), “Empresa Nacional de Electricidad S.A. con SMA”, c. 96°. Por consiguiente, la

terminar discrecionalmente la sanción y su monto o cuantía, tratándose de una sanción pecuniaria. De lo anterior se desprende que la sanción específica a aplicar al infractor no corresponde que sea sustituida judicialmente tanto por el juez ambiental como por la judicatura ordinaria⁶².

Este criterio ha sido sostenido por la Corte Suprema al señalar que los jueces ambientales en la revisión del cumplimiento de la exigencia de motivación del acto, aun cuando discrepen de la forma en la SMA aplica una sanción⁶³, no se pueden extender a los fundamentos de mérito, especialmente cuando la decisión se ajusta a la legalidad por cuanto se encuentra debida y racionalmente fundamentada.⁶⁴

Sin embargo, la Corte Suprema en diversas oportunidades ha modificado la sanción impuesta por la SMA o la ha calificado y aplicado directamente, sin atender al límite que existe en materia de control judicial de las sanciones ambientales.

Así, en algunos fallos, para modificar la sanción impuesta por la SMA y validada por el tribunal ambiental respectivo, la Corte ha procedido a eliminar cargos y, por consiguiente, dejar si efectos las sanciones correlativas⁶⁵. En otros, la Corte ha procedido a reevaluar los criterios de determinación de la sanción utilizados en el caso, lo que le ha permitido rebajar el monto de la multa originalmente impuesta por la SMA⁶⁶.

Por su parte, en la sentencia de reemplazo de un recurso de casación en fondo en la causa Rol N° 14.568-2021 no solo determinó la existencia de una infracción ambiental, sino que además estableció su gravedad y precisó su cuan-

Administración goza de un ámbito de apreciación y de decisión conferido por la ley (arts. 38, 39 y 40 de la LOSMA).

⁶² Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “[...] el Tribunal Ambiental no puede suplir la labor del órgano administrativo en las facultades que le son propias”, en SCS Rol N° 100.805-2016 (29.12.2017), “José Horacio Cayun Quiroz v. Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental”.

⁶³ En el caso aconteció con la ponderación del criterio de beneficio económico.

⁶⁴ SCS Rol N° 66.086-2021, “Sociedad Agrícola Comercial e Industrial Urcelay Hermanos con SMA”, cc. 18 y ss.

⁶⁵ SCS Rol N° 38.340-2016 (03.08.2017), “Exportadora Los Fiordos Limitada v. SMA”, Tercer Tribunal Ambiental.

⁶⁶ En la SCS Rol N° 25.931-2014 (04.05.2015), “Sociedad Eléctrica Santiago S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”, la Corte descartó dos circunstancias agravantes mencionadas (intencionalidad y beneficio económico), con lo cual rebajó el monto de la sanción de 316 UTA a 253 UTA (rebaja de 63 UTA) y se la rechaza en lo demás.

tía, sustituyendo la decisión absolutoria de la Superintendencia del Medio Ambiente, la cual había sido confirmada por el Segundo Tribunal Ambiental⁶⁷.

En el fallo, la Corte Suprema dejó sin efecto la resolución de la SMA que absolvió a Inmobiliaria e Inversiones Pirigüines Limitada y a Administradora Punta Puertecillo SpA del cargo formulado, y en su reemplazo determina que se ha ejecutado un proyecto de desarrollo urbano y turístico en infracción al art. 10 letra g) de la Ley N° 19.300, configurando la infracción del art. 35 letra b) de la LOSMA, esto es, la ejecución de un proyecto y el desarrollo de actividades para los cuales la ley exige resolución de calificación ambiental, sin contar con ella.

Luego de ello, la Corte califica la gravedad de la infracción en atención a la cercanía del proyecto con el Sitio Prioritario de Conservación de la Biodiversidad Humedal Topocalma, lo que en opinión de la Corte configura el supuesto contemplado en la letra d) del art. 36 de la LOSMA, esto es, la localización de uno de los componentes del proyecto de manera próxima a un área protegida, susceptible de ser afectada, con lo cual califica la infracción como una de carácter gravísima.

Enseguida, la Corte establece la sanción y determina su cuantía. En este punto, es interesante el razonamiento seguido por el máximo tribunal:

1. En primer término, dentro de las sanciones posibles de aplicar respecto de infracciones gravísimas, opta por la sanción pecuniaria.
2. En segundo lugar, para fijar el rango de la multa considera como máximo el tope legal previsto para las infracciones gravísimas (10.000 UTA) y como base mínima el umbral máximo establecido para las infracciones graves (5.000 UTA).
3. Luego, para fijar su monto específico en 5001 UTA considera la importancia del peligro ocasionado (art. 40 letra a) LOSMA), dado que se trata de un proyecto en ejecución que cuenta con viviendas construidas y otras en proceso de construcción. Para la Corte la imposición de una cuantía inferior implicaría restar incidencia a la circunstancia de encontrarse el proyecto cercano a una zona protegida.
4. Enseguida, la Corte establece el pago solidario de la multa entre las dos sociedades inculpadas, esto es, Inmobiliaria e Inversiones Pirigüines Limitada y a Administradora Punta Puertecillo SpA.

⁶⁷ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol N° R-202-2019 (26.01.2021), “Fundación Rompientes y otros v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

5. Finalmente, la Corte impone como medida cautelar la prohibición de realizar nuevas ventas de terrenos que formen parte de proyecto Punta Puertecillo hasta que se obtenga la correspondiente resolución de calificación ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental. También ordena a la SMA a practicar los procedimientos de fiscalización que corresponda a fin de constatar infracciones y la concurrencia de daño ambiental. Además, ordena remitir copia de la sentencia a la Dirección General de Aguas y Seremi Minvu para que ejerzan acciones que correspondan por afectación de aguas y cumplimiento del Plan Regulador Intercomunal Borde Costero.

La lógica argumental que efectúa la Corte es consistente con la metodología utilizada por la propia SMA, sin embargo, cabe efectuar algunos comentarios:

Primero, el rol sancionatorio directo que asume la Corte Suprema se contrapone con lo expresado en casos anteriores, en los cuales el Máximo Tribunal de Justicia ha sido categórico en señalar que “[...] la Ley N° 20.417 radicó en la SMA la potestad sancionadora, estableciendo un procedimiento para la determinación del castigo a aplicar en caso de constatar una infracción, el cual ha sido complementado, esencialmente, por las Bases Metodológicas creadas por la SMA”⁶⁸.

Por su parte, si bien la ley no ha precisado la base mínima de las sanciones pecuniarias, luego de la revisión de la historia de la Ley N° 20.417 y conforme a una interpretación acorde con el principio in dubio pro administrado nos permitiría sostener que la autoridad puede imponer una multa recorriendo todo el rango hasta llegar al tope máximo según la gravedad de la infracción. Además, según expone la doctrina, la inexistencia de estos mínimos tiene por objeto evitar que algunas infracciones se castiguen de forma desproporcionada⁶⁹.

Segundo, en cuanto a los criterios de determinación de la sanción, la Corte solo recurre a uno de ellos, no obstante el art. 40 de la LOSMA, omitiendo el análisis de los restantes, lo que resulta contradictorio con la exigencia que se ha impuesto en otras sentencias de casación, en las cuales

⁶⁸ SCS Rol N° 127.275-2020 (12.07.2022), “Compañía Minera Nevada SPA v. Superintendencia del Medio Ambiente”, c. 18°.

⁶⁹ Rebollo Puig, Manuel, “La protección administrativa del espacio público. En particular mediante sanciones”, en *Uso y control del espacio público: viejos problemas nuevos desafíos*, Coord. Cierco Siera, César y otros (Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015).

se ha indicado que todas las circunstancias descritas en el referido art. 40 deben ser consideradas o descartadas, precisando cómo éstas influyen en el cálculo del componente de afectación, lo que también ocurre en el caso de factores de disminución⁷⁰.

Tercero, respecto de la solidaridad, hubiera sido interesante precisar el grado de responsabilidad que cada sociedad tuvo en la configuración del ilícito, ello en armonía con el principio de responsabilidad de las infracciones. Al efecto, cabe recordar que los sujetos pasivos de las sanciones son por regla general quienes aparezcan como directa y personalmente infractores⁷¹.

En suma, este fallo llama la atención no solo por el desplazamiento de la potestad sancionadora desde la sede administrativa a la sede judicial, sino también por el hecho de que la imposición directa de sanciones por medio de una sentencia judicial compromete la garantía de igualdad ante la ley, el derecho a la defensa y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto priva a los sujetos infractores del derecho a recurrir en contra de la sanción. Además, la adopción directa de medidas cautelares como la adoptada (prohibición de realizar ventas de terrenos que formen parte del proyecto Punta Puertecillo) impide cuestionar su proporcionalidad, generando una eventual afectación al desarrollo de actividades económicas y el derecho de propiedad.

4. REFLEXIONES FINALES

De manera previa a la Ley N° 20.600, la forma más común o habitual para impugnar la legalidad de los actos emitidos por la SMA era a través de la acción de protección. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la

⁷⁰ V.gr. SCS Rol N° 63.341-2020 (31.05.2022), “Centro de Tratamiento de Residuos ECOMAULE S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

⁷¹ STC Roles N°s 1518-09-INA (21.10.2010), “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en recurso de amparo rol N° 3073-2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago”, c. 6° y 6189-19-INA (07.11.2019), “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso respecto del artículo 199, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, en los autos caratulados “Saffa con Isapre Cruz Blanca S.A.”, sobre recurso protección de que conoce la Corte de Apelaciones de Valparaíso, bajo el Rol N° 41-2019”, c. 17°.

ley, por regla general, la legalidad de los actos emitidos por la SMA queda sometidos a la competencia de los tribunales ambientales y, excepcionalmente, a la acción de protección.

A 10 años de la publicación de la Ley N° 20.600, la Corte Suprema por la vía de la casación en el fondo ha introducido diversos criterios en materia de control judicial de los actos vinculados con el ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA. Se trata de un control intenso y fuerte y, en ocasiones, escasamente deferente con el carácter técnico de la SMA y con la naturaleza especializada de los tribunales ambientales, llegando inclusive, en algunos casos, a suprimir la institucionalidad y arrogarse facultades que la ley ha entregado a la autoridad administrativa, como es la calificación de la infracción y la determinación de la sanción correspondiente.

De cierta manera, se advierte que la Corte Suprema ha elevado el estándar en materia de revisión, lo que se traduce en una alto exigencia de motivación de los actos de la SMA y en un correcto control de la decisión por parte de los tribunales especializados.

Además, cabe destacar que los criterios que sobre la materia ha sostenido la Corte Suprema han tenido una vis expansiva, que incide en los otros regímenes sancionadores sectoriales, aun cuando carezcan de una institucionalidad tan vigorosa como acontece en materia ambiental.

Lo anterior impone a la autoridad administrativa y judicatura ambiental desafíos relevantes vinculados con un alto estándar en materia de motivación y de eficiencia y eficacia en los procesos y procedimientos ambientales, lo cual, ciertamente es especialmente complejo si se tiene presente la realidad de todo orden de fiscalización y sanción, esto es, la limitada capacidad de recursos en personal y presupuesto, sumado a un incremento significativo de las competencias y su correlato en denuncias.

Si bien no se desconoce el carácter esencial y fundamental del control judicial, cabe tener presente los objetivos que subyacen a la creación de una judicatura especializada en materia ambiental y que se advierten en el mensaje del proyecto de ley, cual es procurar atender al dilema de la eficiencia y eficacia de la regulación ambiental, por una parte, y a la garantía de los derechos de los regulados y de las personas en general, por la otra, los cuales se buscan mantener en equilibrio. Ciertamente este sistema de contrapeso se puede alterar con una intervención que contravenga el régimen de competencias que existe en la institucionalidad ambiental, lo cual, en ocasiones, acontece con la revisión judicial de la Corte Suprema.

BIBLIOGRAFÍA**Doctrina citada**

- Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Santiago: Thomson Reuters, 3ª edición actualizada, 2014.
- Bermúdez Soto, Jorge. “Discrecionalidad de conceptos jurídicos determinados en la actuación de la administración pública”, *Revista de Derecho administrativo*, n° 7 (2013).
- Bermúdez Soto, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2ª Edición, 2014.
- Bermúdez Soto, Jorge. “La Legitimación Activa en el Contencioso Ambiental”, en *La Nueva Justicia Ambiental*. Coord. Ferrada Bórquez y otros. Santiago: La Ley (2014). Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.600. 2018.
- Bocanegra Sierra, Raúl. “Actos de trámite” en *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo I. Coord. Muñoz Machado, Santiago. Madrid: Iustel, 2005.
- Bordalí Salamanca, Andrés y Hunter Ampuero, Iván. *Contencioso administrativo ambiental*. 2ª edición actualizada. Santiago: Librotecnia, 2020.
- Cano Campos, Tomás. *Sanciones Administrativas*. Madrid: Francis Lefebvre, 2018.
- Cordero Vega, Luis. “Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la central termoeléctrica castilla un caso de derecho administrativo procedimental”, *Revista de Derecho Ambiental*, año III (2011).
- Couture, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*, “El Juez, las partes y el proceso”. Santiago: Editorial Puntotex S.A., vol. III, 2010.
- Doménech Pascual, Gabriel. “Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 100, Monográfico Conmemorativo (2018).
- Fernandois Vohringer, Arturo y Chubretovic Arnaiz, Teresita. “El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol.43, n° 1 (2016).
- Gómez González, Rosa. *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora*. Valencia, Tirant lo Blanch 2021.
- Huergo Lora, Alejandro. *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo Aranzadi*: Cizur Menor, 2000.
- Moraga Sariego, Pilar, “Chile: Marco Normativo e Institucional de la Protección del Medio Ambiente” en *Observatorio de Políticas Ambientales (OPAM)*. Coord. López Ramon, Fernando. Madrid: Aranzadi, Thomson Reuters, 2015.
- Nieto García, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 5ª Edición, 2012.
- Plumer Bodin, Marie Claude. “Los tribunales ambientales: se completa la reforma la institucionalidad ambiental”, Anuario Derecho Público Universidad Diego Portales n° 1, 2013.
- Rebollo Puig, Manuel. “La protección administrativa del espacio público. En particular mediante sanciones”. *En Uso y control del espacio público: viejos problemas nuevos desafíos*: Coord. Cierco Siera, César. Cizur Menor, Thompson Reuters, Aranzadi, 2015.

- Rodríguez Garcés, Sergio. *Tratado de las Tercerías. Tomo I*. Santiago: Editorial Vitacura, 3ª Edición, 1987.
- Tapia Canales, Javier y Cordero Vega, Luis. “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional”. *Estudios Públicos* n° 139, 2015.
- Valdivia Olivares, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Jurisprudencia citada*Excelentísimo Tribunal Constitucional*

- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 376-03 (17.06.2003), “Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre transparencia, límite y control del gasto electoral”.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1518-09-INA (21.10.2010), “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Sánchez Vogel y otros, respecto del artículo 169 del Código Sanitario, en recurso de amparo rol N° 3073 – 2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago”.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 6189-19-INA (07.11.2019), “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso respecto del artículo 199, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, en los autos caratulados “Saffa con Isapre Cruz Blanca S.A.”, sobre recurso protección de que conoce la Corte de Apelaciones de Valparaíso, bajo el Rol N° 41-2019”.

Excelentísima Corte Suprema

- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 2.892-2014 (20.04.2014), “Proyecto Inmobiliario Costa Laguna”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 16.817-2013 (22.05.2014), “Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 17.120-2013 (12.08.2014), “Proyecto Minero Manganeso Los Pumas”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8.774-2014 (21.08.2014), “Proyecto de Central Hidroeléctrica Cuervo”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 11.299-2014 (7.10.2014) “Comunidad indígena diaguaita Yastai de Juntas de Valeriano y otros v. Comisión de Evaluación Ambiental”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1.079-2014 (30.10.2014), “Fisco de Chile v. Dorr Zegers”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 22.461-2014 (30.10.2014), “Comunidad Indígena Aymara de Parca y otros v. Comisión Regional de Evaluación Ambiental”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 21.973-2014 (03.11.2014), “Piscicultura Cocule”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 11.713-2014 (06.11.2014), “Optimización Central Termoeléctrica Bocamina 2”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 11.600-2014 (30.12.2014) “Compañía Minera Nevada SpA”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 28.745-2014 (30.01.2015), “Central de Pasada Mediterráneo”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 27.923-2014 (11.03.2015), “Línea de arranque y subestación eléctrica Neptuno”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 25.931-2014 (04.05.2015), “Sociedad Eléctrica Santiago S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 25.931-2014 (04.06.2015) “Sociedad Eléctrica Santiago S.A.”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3.389-2015 (03.12.2015), “Cuneo Solari v. Superintendencia de Valores y Seguros”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 27.322-2014 (17.12.2015), “Cortez Benítez Ana Cecilia”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5.838-2015 (31.12.2015), “Empresa Nacional de Electricidad, Marisol Ortega Aravena y otro v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 37.777-2015 (14.03.2016), “Continuidad Operacional de Cerro Colorado”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 35.244-2016 (05.09.2016), “Proyecto Parque Eólico La Cabaña”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5.328-2016 (20.09.2016), “Empresa Nacional de Electricidad v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 31.486-2016 (20.10.2016), “Empresa Portuaria Corral”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 44.037-2016 (29.11.2016), “Centro Experimental de los Alimentos FTU Pargua”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 17.736-2016 (13.12.2016) “ENDESA”

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 41.815-2016 (01.03.2017), “Pampa Camarones S.A. v. SMA”

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 61.291-2016 (24.04.2017), c. 21, “Pampa Camarones”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6121-2017 (06.06.2017), “Central de Respaldo Los Cóndores”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 67.418-2016 (03.07.2017), “Víctor Barria Oyarzo v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 38.340-2016 (03.08.2017), “Exportadora Los Fiordos Limitada con SMA”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 41.790-2016 (07.08.2017), “Empresa Eléctrica Campiche S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 36.202-2017 (06.11.2017), c. 3°, “Carrasco Martínez Catalina Andrea con Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 9.318-2017 (12.12.2017), “Comunidad Indígena Diaguita de Conay y otros v. Compañía Minera Nevada S.p.A. y otros”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 18.341-2017 (17.12.2017), “Sociedad Agrícola El Tranque de Angostura Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3.682-2017 (20.12.2017) “EcoMaule v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 18.341-2017 (27.12.2017) “Sociedad Agrícola El Tranque v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 100.805-2016 (29.12.2017), “José Horacio Cayun Quiroz v. Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 15.539-2017 (8.01.2018), “Centro de Distribución El Peñón”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 15.549-2017 (09.01.2018), “Sindicato trabajadores independientes, pescadores artesanales, buzos mariscadores y ramas similares, de caleta ventanas y otros v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 11.485-2017 (05.03.2018), “Pastene Solís Juan Gilberto con Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 37.836-2017 (7.03.2018), “Proyecto Central de Respaldo Combarbalá 75 MW”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 42.358-2017 (19.03.2018), “Edificio Habitacional Quilín A”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 45.054-2017 (20.06.2018), “Chilquinta Energía v. Superintendencia de Electricidad y Combustibles”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 24.808-2018 (17.01.2019), ““Depósito de Relaves Filtrados CM Florida”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 12.641-2018, (14.05.2019), “Siom SPA v. Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3470-2018 (09.07.2019), “Ricardo Andrés Durán Mocoacán v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 24.870-2018 (17.12.2019), “Sociedad Química y Minera de Chile v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34.073-2019 (10.02.2020), “Distribuidora Importadora Dimarsa Limitada v. Superintendencia de Electricidad y Combustible”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 36.570-2019 (13.04.2020), “Concesiones mineras de explotación Las Brujas 1”.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 28.861-2019 (10.08.2020), “Echeñique v. Servicio de Evaluación Ambiental”, mediante la cual se confirmó la SCA de Santiago 52900-2019.

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 117.379-2020 (08.02.2021), “León v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 79.272-2020 (19.02.2021), “Asociación Indígena Koñintu Lafken Mapu v. Servicio de Evaluación Ambiental”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 79.353-2020 (26.04.2021). “Fuenzalida Moure Compañía Limitada o FMC Ltda. v. SMA”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 82.391-2021 (21.02.2022). “ENAP Refinerías S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 75.804-2021 (18.04.2022), “Comunidad de aguas subterráneas sector tres La Puerta-Mal Paso v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 63.341-2020 (31.05.2022), “Centro de Tratamiento de Residuos ECOMAULE S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 127.275-2020 (12.07.2022), “Compañía Minera Nevada SPA v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 12.926-2022 (17.08.2022), “Corporación Educativa Christian Garden School v. Superintendencia de Educación”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 65.968-2021 (05.09.2022), “Turismo E Inversiones S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 24.812-2020 (13.12.2022). “Celulosa Arauco y Constitución S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.

Ilustres Tribunales Ambientales

- Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-12-2018 (20.12.2018), “Jay Inversiones SpA v. SMA”.
- Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol R-15-2019 (01.07.2019), “Municipalidad de Iquique v. SMA”.
- Sentencia del Primer Tribunal Ambiental Rol N° R-21-2019 (27.10.2020), “Comunidad Indígena Aymara de Quillagua y otro v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol N° R-122-2016 (30.03.2017), “Sociedad Agrícola El Tranque de Angostura Limitada v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol N° 262-2020 (12.08.2021) “ENAP Refinerías S.A. v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia), causa R-6-2014 (27.03.2015), “Empresa Nacional de Electricidad S.A. con SMA”.
- Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental Rol N° R-21-2015 (24.12.2015), “Empresa Nacional de Electricidad v. Superintendencia del Medio Ambiente”.
- Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental Rol R-58-2017 (02.02.2018) “Ana Stipicic Escauriaza con SMA”.

Normativa citada

- Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.
- Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.
- Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales.

Fundamentos del artículo 30 de la Ley N° 20.600 y el equilibrio entre el control y el criterio de deferencia en el actuar administrativo ambiental

RICARDO IRARRÁZABAL SÁNCHEZ¹

SUMARIO: 1. El artículo 30 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales. 2. El contexto político en el cual surge la discusión de la ley que crea los tribunales ambientales: La discusión de la Ley N° 20.417. 3. La discusión de la ley que crea el Tribunal Ambiental. 4. La deferencia administrativa del artículo 30 y su fundamentación. 4.1. Razones de contexto jurídico: la discusión acerca del recurso de protección ambiental y así evitar los desbordes judiciales. 4.2. Razones de política pública. 4.3. Los problemas de esta deferencia administrativa. 5. Conclusiones y la aplicación del artículo 30 por parte de la Corte Suprema. Bibliografía.

1. EL ARTÍCULO 30 DE LA LEY N° 20.600, QUE CREA LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Una de las particularidades que contempla la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, corresponde a la regulación legal acerca del contenido y efectos de las sentencias en relación a las reclamaciones de actos de la administración en materia ambiental. Al respecto, el art. 30 de la mencionada ley establece:

“La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponde, la actuación impugnada.

¹ Profesor de Derecho Ambiental y Director del Programa de Derecho y Medio Ambiente de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho y Políticas Mineras (LL.M.) por el Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law & Policy de la Universidad de Dundee, Escocia. Se agradece la investigación de la abogada y ayudante Pierangela Cervellino.

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

De esta forma, se configura en la referida ley una regulación específica que establece la forma cómo el legislador ha dispuesto que los tribunales ambientales realicen el control de legalidad del actuar administrativo en materia ambiental. Pero, al mismo tiempo, limita dicho control bajo una lógica de deferencia administrativa.

¿Por qué razones se estableció esta deferencia administrativa? ¿Cuál es su contenido? ¿Por qué no se le facultó al tribunal ambiental, que es un tribunal especializado en materia ambiental, para que pudiera sustituir la decisión administrativa? ¿Cuáles son las consecuencias y riesgos de una u otra alternativa? Tal como lo señalan los profesores Javier Tapia y Luis Cordero, “la revisión puede ser desplegada en un continuo de opciones que va desde el escrutinio mínimo de la decisión de la instancia previa (de sus supuestos estrictamente reglados) hasta la total sustitución de la decisión adoptada en esa instancia. Estos dos extremos representan dos doctrinas administrativas acerca de los límites que el control judicial impone a las decisiones regulatorias: la ‘deferencia’ y la ‘no deferencia’”².

El objeto del presente trabajo radica en entender cuáles fueron los fundamentos jurídicos y de política pública que motivaron la incorporación de este art. en la ley, así como el contexto político y la tramitación legislativa tanto de la Ley N° 20.417, que reformó la institucionalidad ambiental como de la Ley N° 20.600 que creó los tribunales ambientales y que explican en gran parte la solución alcanzada, con la finalidad de conocer sus alcances y la forma cómo ha de interpretarse.

2. EL CONTEXTO POLÍTICO EN EL CUAL SURGE LA DISCUSIÓN DE LA LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES AMBIENTALES: LA DISCUSIÓN DE LA LEY N° 20.417

Aunque generalmente se incluye dentro de la reforma a la institucionalidad ambiental del año 2010 la creación de los Tribunales Ambientales,

² Tapia, Javier y Cordero, Luis, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, *Estudios Públicos*, n° 139 (2015): 30-31.

la realidad es que los señalados tribunales nacieron a la vida jurídica en forma posterior a la tramitación de la Ley N° 20.417, la cual dio origen a la mencionada institucionalidad. Con todo, dicha reforma mencionó a los Tribunales Ambientales en varias de sus disposiciones. En efecto, en forma general, el nuevo art. 60 de la Ley N° 19.300 estableció que “Será competente para conocer las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, el Tribunal Ambiental, de conformidad a las normas de procedimiento establecidas en la ley que los crea”, la cual a la fecha de la publicación de la Ley N° 20.417, todavía no existía. Asimismo, se señalan en la Ley N° 19.300 modificada por la Ley N° 20.417, algunas disposiciones que mencionan al “Tribunal Ambiental”, tales como los arts. 20 y 50. Por otra parte, la LOSMA también habla del “Tribunal Ambiental”, en sus arts. 43, 48, 56 y 57, al igual que en dos disposiciones transitorias de la Ley N° 20.417, que son de fundamental importancia para entender el contexto de estas menciones y su vinculación con la futura Ley N° 20.600: los arts. 9° y 10° transitorios, los cuales rezan: “Las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párrafo 3°, y III del Artículo Segundo de la presente ley, que crean la Superintendencia del Medio Ambiente, entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental”; y “Mientras no entre en funcionamiento el Tribunal Ambiental, las materias contenciosas a las cuales hace referencia la ley N° 19.300 seguirán siendo de competencia del juez de letras en lo civil que corresponda”.

De esta forma, las facultades de fiscalización y sanción de la Superintendencia del Medio Ambiente, esto es, las facultades esenciales de la misma, quedaron supeditadas en cuanto a su vigencia al “mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental”, lo cual ocurrió el día 28 de diciembre de 2011.

Resulta interesante hacer notar lo sorprendente que puede parecer esta situación, donde una nueva superintendencia quede condicionada a la existencia de un tribunal que, a la fecha de publicación de la Ley N° 20.417, esto es al 26 de enero de 2010, aún no había sido creado y con toda una tramitación parlamentaria pendiente. Para entenderlo, resulta necesario analizar el contexto político que permitió la aprobación legislativa de la reforma ambiental, y que correspondió al acuerdo fechado el día 26 de octubre de 2009 y que quedó incorporado en la Historia de la Ley N° 20.417³ (Protocolo de Acuerdo). Dicho protocolo fue suscrito por el Ejecutivo, representado por la Ministra Presidenta de la Comisión Nacional

³ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 1491 y ss.

del Medio Ambiente, Ana Lya Uriarte, y el Ministro de Hacienda, Andrés Velasco, así como por los senadores Pablo Longueira como Presidente de la Comisión de Medio Ambiente y Bienes Nacionales del Senado, Andrés Allamand y Antonio Horvath, como también por la senadora Soledad Alvear y el Senador señor Juan Pablo Letelier.

Tal como lo señala el texto del protocolo, se acordó “avanzar con rapidez en la tramitación en el Senado del proyecto de ley que crea el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, a efectos de que finalice su segundo trámite constitucional a más tardar el 05 de Noviembre de 2009”⁴, ello con la finalidad evidente de que la reforma ambiental se transformara en ley dentro del período presidencial de Michelle Bachelet, y con el decidido apoyo del senador Pablo Longueira, presidente de la Comisión y gran gestor del acuerdo⁵. Aunque de conformidad al mismo Protocolo de Acuerdo, la tramitación del proyecto de ley que creara el tribunal ambiental debía ser rápida, en términos que “los Senadores comprometen su voto favorable a tal iniciativa, así como la mayor agilidad en la tramitación de dicho proyecto, de manera de obtener su aprobación definitiva antes del 10 de marzo de 2010”⁶, el mencionado proyecto solo fue ley el 28 de junio de 2011, empezando el funcionamiento del Tribunal Ambiental de Santiago el día 28 de diciembre de 2011, y “liberando” así las facultades de la SMA. Con todo, ya no era la ley que crea el Tribunal Ambiental (en

⁴ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 1491.

⁵ De acuerdo a entrevista realizada a Pablo Longueira en el medio “El Libero” con fecha 8 de septiembre de 2022, en <https://ellibero.cl/actualidad/pablo-longueira-sobre-ana-lya-uriarte-mejor-im/> (disponible el 12 de enero de 2023): “Firmamos con el gobierno un protocolo de acuerdo junto a la ministra Ana Lya Uriarte y Andrés Velasco, ministro de Hacienda, con todos los puntos acordados. Fue complejo sacarlo adelante en nuestro sector porque fue en medio de la elección presidencial de 2009, y me costó convencer a nuestros senadores”. Por ello, pidió a la entonces Presidenta Bachelet que incluyera los tribunales ambientales que no estaban en el proyecto del gobierno, para darle contrapeso a la superintendencia. “La Presidenta aceptó y se hizo un trabajo impecable junto a Ana Lya Uriarte. También contamos con un equipo técnico de lujo. De parte de ella, Macarena Lobos y Luis Cordero. Por mi parte, María Ignacia Benítez, entre otros”, agrega el ex ministro. El proyecto tuvo 1.345 indicaciones, que se votaron en forma ininterrumpida en la comisión de Medio Ambiente entre las 10 de la mañana y las 7 am del siguiente día.

⁶ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 1494. Numeral 11° del Protocolo de Acuerdo:

singular), sino que la que crea los Tribunales Ambientales, dando pie a tres tribunales de acuerdo a macrozonas.

Los numerales que regulaban las directrices del futuro proyecto de ley correspondieron al 2°, 8° y 9° del mencionado Protocolo de Acuerdo, los cuales establecían:

“2°: El compromiso de contar con un Tribunal Ambiental. Para estos efectos el Ejecutivo ingresará el 28 de Octubre al Senado un proyecto de ley, que se estructurará sobre la base de los siguientes ejes:

(a) El reconocimiento de un organismo jurisdiccional especializado;

(b) Integración mixta del tribunal. El tribunal estará compuesto por cinco miembros, de los cuales 3 serán abogados y dos profesionales provenientes del área de las ciencias o la economía.

(c) Las competencias de este nuevo órgano jurisdiccional serán relativas al contencioso administrativo ambiental, de modo que todas las competencias que en la actualidad entrega la Ley N° 19.300 a los tribunales ordinarios pasarán a este tribunal, así como la potestad de revisión de los actos administrativos de la Superintendencia del Medio Ambiente;

(d) Tendrá, además, competencias de control previo en el caso de algunas medidas provisionales que pueda decretar la Superintendencia de Medio Ambiente, de revisión plena y obligatoria (consulta) respecto de las sanciones más graves que pueda aplicar la referida Superintendencia, y de competencia plena en el caso del daño ambiental;

(e) El tribunal tendrá amplias atribuciones para evaluar la legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y contenido técnico de las decisiones objeto de su competencia;

(f) Contemplará la regulación de un procedimiento jurisdiccional expedito y que establezca un término probatorio obligatorio en su tramitación. [...]

8°. Establecer que los actos de la Superintendencia de Medio Ambiente serán reclamables ante el Tribunal Ambiental, de

conformidad al procedimiento y estándar señalado en el N° 1(sic) de este acuerdo.

9°. Perfeccionar las normas de intervención de la Superintendencia de Medio Ambiente, en las materias asociadas a:

(a) Precisión de las conductas sancionables;

- (b) Corrección de las inhabilidades para el cargo de Superintendente;
- (c) Establecimiento de los estándares que deberán cumplir los funcionarios de la Superintendencia al momento de realizar la fiscalización.
- (d) Aprobación judicial, mediante un sistema rápido y expedito, para algunas medidas provisionales y las contempladas en las letras g) y h) del art. 3° de las atribuciones de la Superintendencia de Medio Ambiente.
- (e) Establecimiento del trámite de consulta obligatoria en el caso de las sanciones más graves que pueda aplicar la Superintendencia de Medio Ambiente”⁷.

De esta forma, en una coyuntura determinada (el término de un gobierno), se generaron los elementos políticos necesarios para que prosperara la creación de tribunales administrativos especiales, los tribunales ambientales. Ello correspondió a un antiguo anhelo de contar con tribunales administrativos, que desde una perspectiva histórica, se remonta al art. 87 de la Constitución de 1925, la cual establecía que:

“Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas, y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

Sin embargo, y como es bien sabido, los mencionados tribunales nunca fueron creados por ley, generándose una complejidad jurídica no menor en relación a si los tribunales ordinarios eran o no competentes para conocer de las reclamaciones de legalidad de los actos de la administración. Dicha situación se mantuvo con la Constitución de 1980 en su art. 38. Sin embargo, en la reforma constitucional del año 1988, se eliminaron las palabras “contencioso administrativo”, para que así no cupiera duda alguna acerca de la plena competencia de los tribunales ordinarios a efectos de conocer de las señaladas reclamaciones y así reducir la utilización del recurso de protección para estos efectos.

Por otra parte, la cuestión de los tribunales especiales, incluyendo los ambientales, fue un tema que empezó a ser discutido desde el punto de vista de las políticas públicas chilenas. Así, el denominado “Informe Jadresic” o “Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado” de 1998, establecía en su propuesta N° 27 lo siguiente: “Crear el

⁷ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 1491 y ss.

tribunal nacional ambiental y de los recursos naturales renovables, como instancia superior de apelación para controversias en dichas áreas”. Su fundamento tenía que ver con que:

“El funcionamiento permanente de un tribunal con las características que se ha esbozado permitiría resolver varias de las deficiencias del sistema regulador chileno [...]. Con él se contaría con un órgano especializado que aplicaría criterios jurídicos comunes en los diversos ámbitos de su quehacer. Se reducirían los costos asociados a los conflictos jurídicos que se susciten entre el Estado y los particulares. Se aliviaría la acción de los tribunales ordinarios en materias que no son de su especialización. También se reduciría la tendencia a utilizar los recursos de protección como mecanismo de apelación para resolver disputas en el campo económico y ambiental”⁸.

Además, y desde la perspectiva de los mecanismos establecidos en la Ley N° 19.300 para el control de los actos de la administración en materia ambiental por parte de los tribunales ordinarios, ellos habían demostrado “altos niveles de ineficiencia”⁹ no siendo de utilidad tanto la reclamación del art. 20 (reclamaciones del SEIA) como la contemplada en el art. 50, ambas de la Ley N° 19.300, lo cual habría generado la tendencia mencionada en el Informe Jadresic a utilizar el recurso de protección como un sustituto del contencioso administrativo ambiental.

Asimismo, y en el contexto específico de la discusión de la futura Ley N° 20.417, se empezaron a generar las bases para el Protocolo de Acuerdo que posibilitó la existencia de los tribunales ambientales, en el contexto de la discusión acerca de las amplias competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente y el control de las mismas por parte de un eventual tribunal especializado, evitando que dicha superintendencia actuara como “juez y parte”.

Como es bien sabido, la Superintendencia del Medio Ambiente “[...] es la prima donna de la reforma a la institucionalidad ambiental. Su concreción representó la culminación de un anhelo de diferentes sectores e intereses de la sociedad”¹⁰. No obstante, la creación de esta nueva entidad fiscalizadora “[...] fue objeto de diversas indicaciones relacionadas con la

⁸ Propuesta N° 27 Informe Jadresic (1998), Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado. Informe Final no editado.

⁹ Galindo, Mario, “Diagnóstico y reforma de los procedimientos jurisdiccionales ambientales”, en *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental*, 2006, 17.

¹⁰ Plumer, Marie Claude, “Los Tribunales Ambientales. Se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”, en *Anuario de Derecho Público UDP*, ed. Javier Couso (Santiago, Ediciones UDP: 2013), 310.

concentración de la fiscalización y sanción en un solo organismo, y con sus excesivas atribuciones sin contrapesos”¹¹.

En efecto, durante la tramitación de la iniciativa, el Gerente de Estudios de la Cámara Chilena de la Construcción señaló:

“La Superintendencia se transforma en juez y acusador en primera instancia. El proyecto de ley crea esta autoridad fiscalizadora, que es además juez, con facultades interpretativas de normas, planes, programas y RCA. En fin, todas las atribuciones que se le otorgan son actos administrativos que niegan lugar a un debido proceso, porque lo ideal es que esto se resuelva en los tribunales de justicia”¹².

Entre las principales objeciones del Gerente de Medio Ambiente de la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), se indican:

“[...] la necesidad de acotar atribuciones ya que ellas exceden el ámbito de la fiscalización ambiental, puesto que se le asignan atribuciones regulatorias, interpretativas y jurisdiccionales. Asimismo, le otorga amplias atribuciones para imponer nuevas condiciones, más allá de lo establecido en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental, e incluso para paralizar actividades aun cuando no exista infracción legal”.

El profesor de Derecho Constitucional, Sr. Fernandois, señaló que el proyecto elevaría la Superintendencia a la calidad de Magistratura Ambiental de Primera Instancia. En efecto:

“[...]El proyecto en cuestión, por la amplitud, profundidad e intensidad de las atribuciones que confiere a la Superintendencia del Medio Ambiente, transforma a dicha entidad en un órgano jurisdiccional pleno de primera instancia. Se desborda de este modo el plano meramente fiscalizador y cautelar que por naturaleza corresponde a un órgano administrativo, transformando a la Superintendencia del Medio Ambiente en una verdadera magistratura ambiental de primera instancia”.

Dado la complejidad de los temas ambientales, el Gerente de Medio Ambiente de la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), sugirió:

“[...] la creación de tribunales especiales del medio ambiente, de integración colegiada y multidisciplinaria, para conocer las denuncias por infracciones a la legislación ambiental y los juicios por reparación del daño ambiental.

¹¹ Bergamini, Kay *et al.*, “Fiscalización, sanción y control ambiental en Chile. Diagnóstico y propuestas para la Superintendencia del Medio Ambiente y tribunales”, en *Propuestas para Chile 2017* (Santiago: Centro de Políticas Públicas PUC, 2017), 168.

¹² Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417. Informe de Comisión de Recursos Naturales, 81.

En la eventualidad que se desestimare esta proposición, sugirió considerar la separación de los roles investigador-acusador respecto del juzgador-sentenciador, tal como lo ha propuesto recientemente la Superintendencia de Valores y Seguros”¹³.

El encargado de la Comisión de Medio Ambiente del Instituto Libertad propuso, en cambio:

“[...] considerar en el proyecto de ley una modificación del artículo 61 del Código Orgánico de Tribunales para que en cada Corte de Chile exista una sala especializada en materia ambiental que conozca de todas las reclamaciones contra resoluciones de la Superintendencia, pero también de las cuestiones sobre SEIA, participación ciudadana ambiental, recursos de protección, apelaciones de demandas de reparación de daño ambiental, etc.”.

De acuerdo con el Informe de Comisión de Recursos Naturales de la Cámara de Diputados, la señora Cubillos y los señores Chahuán, García-Huidobro y Sepúlveda formularon indicación para incorporar el siguiente párrafo:

“[...] Párrafo 3° bis. Del Panel de Expertos. Artículo 53 A.- En contra de las resoluciones de la Superintendencia sea o no que aplique sanciones o medidas provisionales, la parte interesada podrá interponer un recurso ante un Panel de Expertos que deberá resolver conforme a derecho”.

Con respecto a este punto, el referido profesor de Derecho Constitucional señaló lo siguiente:

“Lo natural sería que, al tratarse la Superintendencia de un órgano administrativo y no de una magistratura, las apelaciones en contra de sus resoluciones se interpusieran para ante un tribunal ordinario de primera y no de segunda instancia”.

De lo expuesto hasta ahora, se advierte que los expertos concordaron, mayormente, en la necesidad de avanzar en instituciones especializadas que permitieran conocer y también controlar, las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, sin perjuicio de disentir en las alternativas. En efecto, algunos se inclinaron por crear una sala especializada en materia ambiental que pudiera conocer las reclamaciones contra las resoluciones de la Superintendencia; otros, en cambio, sugirieron la creación de un Panel de Expertos para conocer de las resoluciones, sea o no que

¹³ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417. Informe de Comisión de Recursos Naturales, 88.

apliquen sanciones o medidas provisionales. Asimismo, y frente a la inexistencia de los tribunales contenciosos administrativos, algunos optaron por mantener la concentración de la labor en la Superintendencia; o, por el contrario, crear tribunales especiales del medio ambiente para generar un contrapeso desde el punto de vista administrativo.

Así, los representantes del Consejo Minero apuntaban a que las sanciones fueran impuestas por un tribunal: “La tendencia actual en materia de regulación es la separación de las facultades de fiscalización de la potestad sancionatoria [...]. En este contexto, se propone mantener a la Superintendencia como un organismo fiscalizador eficaz y otorgar la potestad sancionatoria a un tribunal administrativo ambiental”¹⁴. De la misma idea era el diputado Alberto Robles: “¿Por qué no podemos crear un tribunal medioambiental con personas competentes, capacitadas, de distintos sectores, de manera de contar con una cierta sanidad en términos del control y la fiscalización fuerte que debe tener la Superintendencia, pero con un poder sancionatorio distinto que permita contar con un contrapeso desde el punto de vista administrativo?”¹⁵. Para el investigador del Centro de Estudios Libertad y Desarrollo, Sr. Sebastián Soto, la existencia de los tribunales resultaba esencial para asegurar un debido proceso por parte de la Superintendencia: “[...] en esta área se encuentra en riesgo el debido proceso, aseverando que la mejor opción para combatir esta situación es la creación de un Tribunal Ambiental, que efectúe un chequeo externo de decisiones administrativas que son irreversibles”¹⁶.

Para el Senador Sr. Pablo Longueira, la especialización resultaba fundamental:

“la certeza jurídica, que a su juicio es fundamental en este proyecto, la garantiza la existencia de un tribunal especializado, el que permitirá crear una cierta especialización y jurisprudencia frente a los diversos temas ambientales. Refirió, a vía de ejemplo, que la existencia de Tribunales del Trabajo, y de salas especializadas en lo laboral constituye una contribución importante, la que incluso reconocen los organismos empresariales, que en un comienzo estuvieron en desacuerdo”¹⁷.

Concuerda el Senador Sr. Guido Girardi: “Comparto lo señalado por el Senador señor Longueira en cuanto a que tiene que existir un tribunal especial. La justicia ordinaria -que resuelve en 5, 6, ó 10 años- no sirve para

¹⁴ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 136.

¹⁵ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 505.

¹⁶ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 746.

¹⁷ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 708.

nada, porque en esta materia los jueces no son idóneos. Tenemos que contar con una judicatura especializada”¹⁸.

Sin embargo, desde el Ejecutivo, en un inicio se trató de evitar los tribunales. Así, la Ministra Presidenta de CONAMA, Sra. Ana Lya Uriarte, aseveró:

“[...] que recién el tema ambiental está adquiriendo relevancia en nuestro país, por ello le parece inadecuado establecer ahora tribunales especializados en materia ambiental, ya que el país no está preparado ni maduro para ello. No obstante, señaló que en el futuro efectivamente debiera haber tribunales especializados, en un plazo que estima no menor a los ocho años”.

La perspectiva histórica la aportó el Senador Sr. Hernán Larraín:

“¿Es cierto que deseáramos disponer de lo que constituye una vieja aspiración aún insatisfecha, proveniente de la Constitución de 1925: los tribunales contencioso-administrativos. Pero, dado que no existen, me parece más razonable empezar a pensar en tribunales especiales, adecuados a materias medioambientales. Ello es preferible a la Superintendencia que se propone. Esta podría contar con atribuciones de fiscalización, pero no otras”¹⁹.

Como resultado de esta discusión, se presentaron las siguientes indicaciones, sin perjuicio que luego el Ejecutivo ingresó el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental:

“Indicación: Senado: 705.- De la Honorable Senadora señora Matthei; 706.- del Honorable Senador señor Allamand, y 707.- del Honorable Senador señor Longueira, para intercalar el siguiente artículo Primero Bis: Créanse los Tribunales Ambientales y fíjese como su ley la siguiente: [...]”

Artículo 14: El Tribunal Ambiental tendrá las siguientes atribuciones: a.- Conocer y fallar los requerimientos que presente la Superintendencia la aplicación de sanciones; b.- Conocer y fallar los requerimientos que presente alguna parte interesada para la aplicación de sanciones; c.- Decidir sobre la aplicación de las medidas provisionales del artículo 48 y de aquellas señaladas en el artículo 3°, letra g); d.- Conocer y aprobar, cuando se le solicite, los acuerdos alcanzados por la Superintendencia con los presuntos infractores”²⁰.

Como se ha analizado en la Historia de la Ley N° 20.417, resulta evidente que el origen de la discusión de acerca del Tribunal Ambiental tuvo que ver directamente con las facultades de la Superintendencia del Medio

¹⁸ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 896.

¹⁹ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 923.

²⁰ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 1121.

Ambiente, en el sentido que exista un control de la legalidad de sus distintas actuaciones.

Ahora bien, en el Protocolo de Acuerdo ya mencionado, dicha competencia del Tribunal se vio extendida a todo el contencioso ambiental, “[...] de modo que todas las competencias que en la actualidad entrega la Ley N° 19.300 a los tribunales ordinarios pasarán a este tribunal, así como la potestad de revisión de los actos administrativos de la Superintendencia de Medio Ambiente²¹”. De esta forma, quedó establecido que los actos de la administración en materia ambiental iban a ser controlados por el tribunal ambiental. Y respecto a este control, el Protocolo estableció el primer germen del futuro art. 30 de la Ley N° 20.600: “El tribunal tendrá amplias atribuciones para evaluar la legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y contenido técnico de las decisiones objeto de su competencia”²². O sea, al Tribunal se le entregarían potestades amplias en términos de evaluar la legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y contenido técnico. Respecto a la forma cómo iba a realizar dicho control, en el sentido de anular o sustituir el actuar administrativo, solamente se mencionó el verbo “evaluar”, pero no solo la legalidad, sino que también el “contenido técnico”. Dicho verbo “evaluar”, fue distinto a los vocablos usados para las otras competencias del Tribunal Ambiental, mencionadas en el literal d) del numeral 2° del Protocolo de Acuerdo, que hablan de “control previo” en el caso de algunas medidas provisionales de la SMA, de “revisión plena y obligatoria (consulta) respecto de las sanciones más graves que pueda aplicar la referida Superintendencia”, y de “competencia plena” en el caso del daño ambiental. Resulta evidente el matiz de diferencia entre la forma de actuar del Tribunal Ambiental en relación a los actos administrativos propios de su competencia, en que habla de “evaluar”, versus la “revisión plena y obligatoria” (sanciones) o “competencia plena” (daño ambiental). Con todo, dicho matiz incluyó la evaluación del contenido técnico de la decisión administrativa, cuestión de fundamental importancia para entender las futuras competencias de los tribunales ambientales.

²¹ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 1492.

²² Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.417, 1492.

3. LA DISCUSIÓN DE LA LEY QUE CREA EL TRIBUNAL AMBIENTAL

De acuerdo al compromiso adquirido en el ya señalado Protocolo de Acuerdo, con fecha 28 de octubre de 2009, el Ejecutivo ingresó el proyecto de ley “que crea el Tribunal Ambiental”. En el Mensaje, y en relación a lo discutido con ocasión de la Ley N° 20.417, se señaló lo siguiente:

“De toda la discusión que ha existido, en que algunos han criticado que el Estado supuestamente actúa como juez y parte en sus competencias de fiscalización y que otros señalan que este tipo de Tribunal es innecesario porque para ello existe la jurisdicción común, lo cierto es que lo importante es preguntarnos ¿qué es lo que se encuentra en juego detrás de la existencia de un Tribunal Ambiental? Las respuestas están vinculadas en nuestra opinión a los dilemas de eficiencia-eficacia de la regulación y la garantía de derechos de los regulados y de los ciudadanos en general”²³.

Así, y entendiendo que se requería un control, el Mensaje agrega el deber de protección de las personas en materia ambiental:

“Los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático, pero también tienen un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, en especial de la Administración en relación a las competencias conferidas por el legislador, y por la otra, como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable”²⁴.

Así, desde el Ejecutivo, se empieza a instalar la idea de Tribunales que no solo limiten los “desbordes administrativos”, sino que también promuevan una efectiva tutela de los derechos de las personas. Lo cual, de alguna manera, entra en las lógicas del recurso de protección ambiental. Con todo, esta discusión se reflejó en la idea expresada en el Mensaje de extender las competencias del Tribunal a todo el contencioso ambiental, no solo las reclamaciones de las actuaciones de la Superintendencia²⁵.

²³ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 7

²⁴ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 10.

²⁵ Por tal motivo el Ejecutivo ha accedido a la creación de un Tribunal Ambiental, pero en el contexto de un acceso a una tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos en estas materias, de modo de no restringir su competencia solo al control de las decisiones de la Superintendencia, sino que también ampliarlo a todo el contencioso de la Ley No 19.300, permitiendo de ese modo, el igual acce-

A diferencia de lo señalado y explicado en relación al Protocolo de Acuerdo, en relación a la facultad de evaluar del Tribunal Ambiental, parte importante del Mensaje de la ley trató la temática del estándar de control, calificándolo como “amplio”, “dado que debe considerar en su sentencia aspectos jurídicos (incluida la razonabilidad y proporcionalidad), así como técnicos ambientales”²⁶. En el marco de la explicación de los estándares de control, se mencionó el denominado “*estándar de revisión plena*”, el cual corresponde a que “el tribunal tendrá plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión y sustituir la decisión en la parte que corresponda”²⁷. Resulta relevante destacar la posibilidad de que el tribunal estaba facultado para “sustituir la decisión en la parte que corresponda”, lo cual no solo se contrapone a la redacción actual del art. 30 de la Ley N° 20.600, sino que también a la redacción del Protocolo de Acuerdo que hablaba de “evaluar”. Así, esta nueva facultad quedó expresado en el art. 27 del proyecto de ley, el cual estableció que:

so a la jurisdicción a todos los ciudadanos (en Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 10).

²⁶ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 12. Además, se explicitan los señalados estándares en las páginas 14-15:

(i) Estándar de legalidad: Lo que supone verificar la legalidad de las actuaciones del organismo administrativo de que se trate.

(ii) Estándar de razonabilidad: Lo que significa que los jueces deben establecer si el acto de la Administración

ha sido razonable, para lo cual deberá verificar que:

(1) No ha sido dictado de una manera arbitraria o caprichosa.

(2) No ha sido dictado en abuso de su potestad discrecional.

(3) No ha violentado ningún derecho o garantía constitucional.

(4) No ha actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas.

(5) No ha actuado con desviación de fin o de poder.

(6) Los supuestos de hechos sobre los cuales descansa la decisión se encuentren debidamente acreditados en el procedimiento administrativo.

(iii) Estándar de procedimiento e información. Lo que se traduce en:

(1) Establecer que el acto ha sido dictado de conformidad al procedimiento administrativo exigido por la ley;

(2) Que los actos dictados se encuentran respaldados mediante pruebas sustanciales, debidamente acreditados en el procedimiento administrativo de que se trate.

(3) Que el acto administrativo disponga de información técnica adecuada que lo justifique.

²⁷ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 15.

“En el ejercicio de estas competencias el tribunal tendrá plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión y sustituir la decisión en la parte que corresponda”²⁸.

Esta facultad sustitutiva empezó a generar cierto nivel de discusión, lo que llevó a la Ministra Presidenta de CONAMA a señalar que “la potestad de sustitución que se atribuye al Tribunal no es tan amplia como a primera vista podría entenderse, puesto que esta acotada a la naturaleza del acto”²⁹. Es probable que esta extensión de las facultades del tribunal, de acuerdo a lo acordado en el Protocolo de Acuerdo, llevó a que, en las primeras indicaciones del Ejecutivo bajo la Presidencia de Michelle Bachelet, se mantuviera la redacción del art. 26 como art. 55, pero se modificara el art. 27 por un nuevo art. 56, en que aparece por primera vez la futura redacción del art. 30 actual:

²⁸ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 27. El art. completo establecía: Art. 27.- Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, cuando lo impugnado sea un acto administrativo el Tribunal en su sentencia deberán decidir todas las cuestiones planteadas, interpretar las normas que correspondan, así como determinar el sentido y alcance de las condiciones a las cuales debe someterse el organismo administrativo de que se trate. El Tribunal deberá, especialmente: 1.- Verificar la legalidad de las actuaciones del organismo administrativo de que se trate; 2.- Establecer si el acto de la Administración ha sido razonable, para lo cual deberá verificar que: a) No ha sido dictado de una manera arbitraria o caprichosa. b) No ha sido dictado en abuso de su potestad discrecional. c) No ha violentado ningún derecho o garantía constitucional. d) No ha actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas. e) No ha actuado con desviación de fin o de poder. f) Los supuestos de hechos sobre los cuales descansa la decisión se encuentren debidamente acreditados en el procedimiento administrativo. 3.- Establecer que el acto ha sido dictado de conformidad al procedimiento administrativo exigido por la ley; 4.- Que los actos dictados se encuentran respaldados mediante pruebas sustanciales, debidamente acreditados en el procedimiento administrativo de que se trate, y 5.- Que el acto administrativo disponga de información técnica adecuada que lo justifique. En el ejercicio de estas competencias el tribunal tendrá plenas atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión y sustituir la decisión en la parte que corresponda.

²⁹ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 66.

“Artículo 56.- La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a derecho y, en su caso, anulara total o parcialmente la disposición o el acto recurrido o dispondrá que se modifique la actuación impugnada. En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulen en el caso de los actos del número 1 del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”³⁰.

Luego, en los Boletines de Indicaciones de fechas 3 y 17 de mayo de 2010, se contemplaron indicaciones tanto de parlamentarios como del Ejecutivo (presidentes Michelle Bachelet y como indicación sustitutiva, Sebastián Piñera). Respecto a estos artículos, el único cambio que se produjo fue el reemplazo del “conforme a derecho” por “normativa vigente” en el nuevo art. 29³¹, y más adelante, agregar al primer numeral, el séptimo, en relación a la atribución del Tribunal de no poder determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare.

Ya durante el gobierno del presidente Sebastián Piñera y bajo la conducción de la Ministra María Ignacia Benítez, la discusión se dio en las comisiones unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Medio Ambiente y Bienes Nacionales, en el Senado, a quienes se presentó el trabajo de un Comité Técnico conformado por los profesores Raúl Tavolari, Juan Domingo Acosta y Luis Cordero, además de representantes del Ejecutivo³².

³⁰ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 132.

³¹ Art. 29.- La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulara total o parcialmente la disposición o el acto recurrido, y dispondrá que se modifique, en su caso, la actuación impugnada.

En el ejercicio de esta atribución el tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulen en el caso de los actos del número 1 del art. 16, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 263.

³² “Durante el desarrollo de sus debates, las Comisiones unidas contaron con la asesoría de los destacados abogados y profesores de Derecho señores Juan Domingo Acosta, Luis Cordero y Raúl Tavolari. Los miembros de las Comisiones unidas acordaron dejar expresa constancia en este informe de su especial agradecimiento por la colaboración recibida de los mencionados profesores, quienes, además de participar en la Comisión Técnica formada para estudiar esta iniciativa, apoyaron permanentemente el trabajo de las Comisiones Unidas participando en sus sesiones, preparando redacciones y aportando antecedentes para ilustrar el

Con todo, no existió en esta instancia mayor discusión acerca del reemplazo de la lógica sustitutiva por parte de los tribunales del proyecto original, por la lógica deferencial, la cual fue escasamente explicada, salvo una intervención de los representantes del Ejecutivo que reza del siguiente modo, pero que resulta fundamental para entender el espíritu de este artículo:

“Los representantes del Ejecutivo explicaron que las materias señaladas en los números 1) y 7) del artículo 16 (paso a ser 17), corresponden a la potestad reglamentaria del Ejecutivo, de tal manera que el inciso segundo de este artículo busca evitar la intervención del Poder Judicial en materias que son de competencia de la Administración. En atención a lo anterior, el Tribunal solamente puede anular el acto y disponer que el órgano del cual emanó inicie nuevamente el procedimiento para dictar uno nuevo. En otras palabras, se trata de actos que han sido impugnados, pero que el tribunal no puede eliminar o sustituir. Agregaron que la potestad reglamentaria tiene un ámbito discrecional y normativo específico, de tal manera, por ejemplo, que los procedimientos de elaboración de planes y normas de calidad de emisión son muy acotados, por lo que el tribunal no podría fijar los límites de emisión, pero si establecer que tales límites no tienen sustento”³³.

Aunque esta intervención menciona los numerales 1) y 7), resulta evidente que dicha interpretación también se extiende al resto de los actos administrativos, en términos que el tribunal “solamente” puede anular el acto y disponer que el órgano del cual emanó inicie nuevamente el procedimiento para dictar uno nuevo. Al respecto, se señala un ejemplo que es bien esclarecedor: el tribunal no podría fijar los límites de emisión, pero si establecer que tales límites no tienen sustento.

En forma paralela, la E. Corte Suprema se pronunció en forma muy desfavorable acerca del rol de los tribunales ambientales, llegando a señalar que tal como estaban configurados, sugirieron “eliminar la expresión “tribunal” de los preceptos que la emplean”, criticando el rol de “mera supervisión o tuición”³⁴.

debate y facilitar el despacho de esta iniciativa”, en Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 307.

³³ Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 998.

³⁴ Noveno: Que como corolario de todo lo dicho en los fundamentos que anteceden, esta Corte estima que en las condiciones en que el proyecto se propone, este no responde a los estándares mínimos para denominar tribunales a los órganos que se pretende crear. Se trata, en opinión del Tribunal, de órganos administrativos y no jurisdiccionales, motivo por el cual se sugiere eliminar la expresión “tribunal” de los preceptos que la emplean, precisándose, además, que la superin-

El artículo se mantuvo prácticamente indemne en lo que restó de su tramitación, agregándose al inciso primero la frase “cuando corresponda” a la modificación de la actuación impugnada, y la mención a los actos del número 7 del artículo 17, en el caso del inciso segundo³⁵.

De esta manera, una vez publicada la Ley N° 20.600 en el Diario Oficial, en lo que respecta a sentencias recaídas sobre recursos de reclamación, la competencia del tribunal ambiental quedó formulada en los siguientes términos:

“Artículo 30.- Sentencia. La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada.

En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anula en el caso de los actos de los números 1) y 7) del art. 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

A la luz de la discusión política y legislativa, podríamos llegar a las siguientes conclusiones respecto al art. 30:

- a. El rol de los tribunales ambientales apunta básicamente a controlar los “desbordes administrativos” en materia ambiental.
- b. El rol respecto a la tutela de los derechos de las personas, no resulta claro, sin perjuicio de las facultades del tribunal ambiental en relación

tendencia directiva, correccional y económica que se entrega a la Corte Suprema en el artículo 1° nacerá únicamente cuando el asunto llegue a conocimiento de la Corte de Apelaciones que corresponda, pues la regulación que se presenta no está acorde con las disposiciones elementales de la Constitución Política de la República, de acuerdo a las cuales las referidas superintendencias suponen el ejercicio de atribuciones que exceden a una mera supervisión o tuición de superior a inferior. Por esas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar desfavorablemente el referido proyecto de ley. En Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.600, 633.

³⁵ Al respecto, los representantes del Ejecutivo explicaron que las materias señaladas en los números 1) y 7) del art. 17, corresponden a la potestad reglamentaria del Ejecutivo, de tal manera que el inciso segundo del artículo buscó evitar la intervención del Poder Judicial en material que son de competencia de la Administración. En este sentido, se trataría de actos que han sido impugnados, pero que el tribunal no podría eliminar o sustituir.

al daño ambiental (en el entendido que la reparación ambiental, que es ecológica, hace cumplir con el derecho de las personas y deber del Estado de preservar la naturaleza), y que dicho rol pueda entenderse como uno accesorio al de tutela de los derechos, al controlar los “desbordes administrativos”. Si se pensara que la tutela de derechos tuviera que ver con una lógica sustitutiva en las sentencias del tribunal, ello evidentemente no quedó establecido en la ley, a la luz del artículo 30. Con todo, el art. 24 de la Ley N° 20.600, incluido como “disposición común” a los tres procedimientos de la ley, establece en su art. 24 una disposición bastante amplia referido a las “Medidas Cautelares” cuya finalidad es la de “resguardar un interés jurídicamente tutelado”.

- c. Respecto al ámbito de aplicación del art. 30, se ha de diferenciar en primer lugar, entre los tres tipos de procedimiento que están contenidos en la Ley N° 20.600, en su Título III “Del Procedimiento”, y en que el art. 30 se encuentra inserto en el párrafo 2° “De las reclamaciones” y respecto a las cuales es aplicable, existiendo otras reglas para los procedimientos de “Solicitudes”³⁶ y de “Daño Ambiental” (además del párrafo “Disposiciones Comunes”). De esta forma, el artículo 30 ha de aplicarse en relación a las “Reclamaciones”, las cuales están pedagógicamente señaladas como tales en el art. 17 (numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8).
- d. En relación a la forma como el tribunal ha de actuar para controlar los “desbordes administrativos”, el art. 30 establece que la función del tribunal es la de declarar “que el acto no es conforme a la normativa vigente”, para lo cual ha de “anular total o parcialmente la disposición o el acto recurrido”, disponiendo que “se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada”.

De esta forma, se comprenden dos facultades: la anulatoria y un “poder para orientar en concreto la acción administrativa, en caso

³⁶ Ver: Hervé Espejo, Dominique y Vargas Pavez, Macarena, “La Consulta de la sanción ambiental: un trámite procesal innecesario”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte* n° 28 (2021). “Todos concuerdan en que la revisión judicial en la consulta es plena, constituyendo una revisión intensa que permite volver a considerar los hechos y el derecho, pudiendo por lo tanto el tribunal ambiental anular lo resuelto por la Superintendencia del Medio Ambiente, en lo que dice relación tanto con la configuración y clasificación de la infracción, como en la determinación de la sanción específica aplicable”.

de que corresponda modificar los actos impugnados”³⁷. Ello, ya que siendo “la nulidad una herramienta formidable, porque permite expulsar del ordenamiento los actos que pugnen con la legalidad [...] es una herramienta relativamente tosca: solo dice lo que la administración no puede hacer y no cómo puede (legítimamente) alcanzar los fines que persigue”³⁸.

Por lo tanto, se trata de un tribunal de reclamaciones de ilegalidad y en que su actuación tiene que ver con la nulidad del acto administrativo.

- e. Finalmente, el art. 30 establece un verdadero límite a esta función de control, concretando un verdadero criterio de deferencia administrativa, al señalarse que en este control de nulidad general, el tribunal “no podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Esto es, el Tribunal se ha de limitar al control de legalidad del acto, sin que pueda sustituir ni reemplazar al órgano de la administración en la dictación del acto de contenido discrecional.

Además, y para los casos de los numerales 1 (reclamaciones de la normativa del Ministerio del Medio Ambiente) y 7 (reclamaciones de los actos administrativos que dicten Ministerios y Servicios Públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, emisión y planes de prevención o descontaminación) del art. 17, “no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anular”. En estos últimos casos, la ley quiso ser más específica, en términos que bajo ninguna fundamentación, el tribunal podría arrogarse funciones normativas desplazando a este respecto al Ministerio del Medio Ambiente³⁹.

³⁷ Valdivia Olivares, José Miguel, “Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales”, en *La nueva justicia Ambiental* (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 259.

³⁸ Valdivia Olivares, José Miguel, “Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales”, 264.

³⁹ Dado que la situación del “desborde judicial” es más grave si afecta a políticas públicas del Ministerio del Medio Ambiente (por ejemplo, la dictación de una norma de calidad ambiental). Ver: Irarrázabal, Ricardo, “¿Control de legalidad o de mérito en las políticas públicas ambientales? Fallo sobre la derogación de la norma del MP10 anual”, *Sentencias Destacadas 2015*, Libertad y Desarrollo.

4. LA DEFERENCIA ADMINISTRATIVA DEL ARTÍCULO 30 Y SU FUNDAMENTACIÓN

Resulta evidente, a la luz de la Historia de Ley, que los tribunales ambientales fueron creados para corregir, a través de la nulidad, los “desbordes administrativos ambientales” o actos administrativos ambientales no conformes a la normativa vigente. Con toda, esta facultad de los tribunales ambientales contempló, prudentemente, una limitación, para evitar también los “desbordes judiciales”. Y ello, a través de la introducción de un criterio de deferencia en el actuar administrativo ambiental. Una verdadera regla de “deferencia judicial” con el actuar administrativo, que obliga a los tribunales ambientales a que no pueden determinar el contenido discrecional de los actos anulados, sin perjuicio de que si pueden evaluar su contenido técnico. Este equilibrio resulta interesante, a la luz del contexto de la discusión acerca del alcance del recurso de protección ambiental y por razones de política pública, y sin perjuicio de que también conlleva riesgos, que mencionaremos.

4.1. Razones de contexto jurídico: la discusión acerca del recurso de protección ambiental y así evitar los desbordes judiciales.

Uno de los tópicos en que permanentemente ha estado presente la discusión acerca la diferencia administrativa, la constituye el recurso de protección, y especialmente el ambiental. Ello ha sido relevante especialmente con la irrupción de los Tribunales Ambientales y su rol en relación a “hacerse cargo” de las controversias ambientales. Por otra parte, está la discusión acerca de cómo el recurso de protección de hace cargo del actuar ilegal de la administración: anulando, o sustituyendo dicho actuar. Así lo menciona el profesor Pierry, quien señala que:

“El cambio más importante en materia de control jurisdiccional y quizás de todo el derecho administrativo ha provenido, sin embargo, del recurso de protección [...]. Este recurso ha sustituido, en la práctica, al contencioso administrativo, interponiéndose contra todo acto de las autoridades políticas y administrativas. A través de este recurso, los tribunales ordinarios han ampliado el ámbito del control jurisdiccional a límites insospechados, llegando incluso al control de la actividad discrecional de la Administración”⁴⁰.

⁴⁰ Pierry Arrau, Pedro, “Las transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n° 23 (2002): 382.

Así, a través del recurso de protección, se ha controlado el actuar administrativo sin la menor deferencia, llegando incluso al control de la actividad discrecional de la Administración.

Este incremento en el uso de la acción de protección, como sustituto del contencioso administrativo, alcanzó también a cuestiones medio ambientales, ya que, por esa vía procesal se intentó ejercer un control jurisdiccional de las decisiones tomadas por órganos de la administración del Estado en materia ambiental, reemplazando el actuar administrativo a través de las sentencias de protección. Sin embargo, este proceder se ha ido limitando con la creación de los Tribunales Ambientales, radicando en estos últimos el contencioso administrativo ambiental, y quedando el recurso de protección como un mecanismo cautelar. Es decir, con la nueva judicatura ambiental, era coherente que el contencioso administrativo fuera conocido por ella, y no por tribunales no especializados a través de la acción de protección. Así, los Tribunales Ambientales comenzaron a ser mencionados como la “vía idónea” para el contencioso ambiental, con lo cual tribunales especializados, de composición mixta (jurídico y técnico) y con un procedimiento más sofisticado que el de recurso de protección, especialmente a nivel probatorio, pudieron hacerse cargo del contencioso administrativo ambiental. Es una suerte de “deferencia jurisdiccional”, que hace todo el sentido desde la perspectiva de las políticas públicas, logrando que el recurso de protección ambiental volviera a su naturaleza propiamente cautelar y dejando el contenido administrativo ambiental para la nueva judicatura ambiental, la cual, además contemplaba la limitación del artículo 30, no pudiendo determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Esto fue una cuestión crucial, por cuanto la existencia de esta limitación, constituyó un cambio fundamental al rol que desempeñaron las cortes en relación al recurso de protección ambiental, especialmente en la denominada segunda etapa, en que los fallos de las cortes en sede de protección empezaron a sustituir el actuar administrativo, inmiscuyéndose en las decisiones administrativas -y presupuestarias-, con una serie de consecuencias de política pública y afectando la división de poderes, en una cuestión que algunos catalogaron como “activismo judicial”⁴¹. Ello, resulta especialmente grave, ya que “implica, en los hechos, conferir un

⁴¹ Ver: García, José Francisco y Verdugo, R. Sergio, *Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago: Libertad y Desarrollo, 2013).

efecto de validez general a una sentencia cuyo objeto es, jurídicamente, de tutela transitoria”⁴².

Así, respecto a la lógica sustitutiva del actuar administrativo a través de las sentencias de protección ambiental, podemos diferenciar tres etapas o periodos de razonamiento judicial⁴³:

a) Deferencia administrativa: Esta primera etapa de razonamiento judicial principia con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300, en 1994 -y más precisamente, con la entrada en vigencia del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, una vez publicado el Decreto Supremo N° 30, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, -y se extiende hasta el año 2010. Denominamos esta etapa como “deferencia administrativa total”.

La deferencia administrativa total consiste en aquel criterio judicial consistente en que los Tribunales Superiores de Justicia, al momento de resolver sobre la procedencia de la acción de protección ambiental, decidían no intervenir en aspectos de mérito que fueran competencias de autoridades administrativas ambientales. Ello significaba que no había una evaluación del contenido técnico administrativo.

Graficamos este criterio en un fallo de la Corte Suprema dictado en la causa Rol N° 1853-2005, de 30 de mayo de 2005, a propósito de la acción de protección interpuesta contra Celulosa Arauco S.A., mediante la cual se denunciaron episodios de contaminación del Río Cruces producidos por eventuales incumplimientos a la Resolución de Calificación Ambiental de la mencionada compañía:

“Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida en contra de la COREMA Xª Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de

⁴² Tapia, Javier y Cordero, Luis, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 30-31.

⁴³ Las delimitaciones temporales que se expondrán a continuación son referenciales, de elaboración propia, y tienen un fin ilustrativo y de esquematización. Dichas delimitaciones temporales resultan del análisis de la tendencia general en el periodo analizado. De esa manera, pueden existir pronunciamientos contrarios al criterio general de cada periodo, lo que no desvirtúa el análisis planteado en el Informe. En el desarrollo de estas etapas y su análisis jurisprudencial, prestó su colaboración el abogado y ayudante Señor Edison Garcés Cartes, basado en los apuntes del curso de Derecho Ambiental del autor de este trabajo.

Calificación Ambiental, siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los órganos jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad (o de particulares, en su caso) han sido arbitrarios o ilegales (aunque tratándose de la garantía del N° 8° del artículo 19 de la Constitución Política de la República se requiere arbitrariedad e ilegalidad) y han afectado algunos de los derechos mencionados en el artículo 20 de la carta fundamental, sin perjuicio, de las acciones ordinarias que sean procedentes, tanto en el orden civil como administrativo⁴⁴.

b) Control intenso del actuar administrativo ambiental por parte de tribunales no especializados: Puede señalarse como hito inicial de este periodo la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad ambiental introducida mediante la Ley N° 20.417, de 26 de enero de 2010, que creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente; y, en cuanto a su extensión, puede señalarse que esta etapa perduró hasta luego de la creación de los Tribunales Ambientales, con la publicación de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, aproximadamente hasta el año 2013. En este período, nuestros Tribunales Superiores (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) fallaron las acciones de protección ambiental decidiendo sobre cuestiones de mérito de competencia de las autoridades administrativas ambientales, llegando a reemplazar el actuar administrativo. Por ese motivo, se ha dicho también que este periodo es de un control intenso de los expedientes de evaluación ambiental, tanto en sus aspectos normados como discrecionales⁴⁵. Ello también fue reflejado por los profesores Javier Tapia y Luis Cordero el año 2015: “En la práctica la Corte Suprema ha comenzado a utilizar este recurso como una acción de nulidad ordinaria de actos administrativos: esto es, como un verdadero contencioso sin forma de juicio⁴⁶”.

Un caso representativo de este criterio jurisdiccional es el de la Central Termoeléctrica Bocamina, de propiedad de Endesa S.A., donde la Corte Suprema resolvió que:

“Que no obstante las alegaciones de la recurrida, es un hecho no discutido que la modificación sometida al procedimiento de evaluación de impacto ambiental contempla un conjunto de obras y actividades que tienen efecto en

⁴⁴ Considerando 10°.

⁴⁵ Carrasco, Edesio, “De Trillium a Central los Cóndores: continuidad y cambio del recurso de protección ambiental en veinte años de jurisprudencia”, *Revista Justicia Ambiental*, n° 9 (2017), 280.

⁴⁶ Tapia, Javier y Cordero, Luis. “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 58.

la disposición general de los equipos de la Segunda Unidad, de acuerdo a lo prevenido en la primera consideración, según dan cuenta los antecedentes, todos los cuales inciden de manera importante y determinada en la segunda termoeléctrica a instalar. No sólo eso: esos mismos antecedentes informan que las modificaciones apuntan a mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad. Que así las cosas, la calificación de impacto ambiental de la que trata el artículo 11 ter del cuerpo legal anteriormente invocado [La Ley N°19.300] para los casos de modificación de un proyecto, sólo se satisface por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una mera Declaración, al contrario de lo que se pretende, pues sólo de ese modo es posible establecer si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán el mejoramiento ambiental y no un peligro o daño para el entorno en que se ubica”.

En este caso, la Corte Suprema acogió la acción de protección ambiental interpuesta en contra de la autoridad ambiental, ordenando que el proyecto de optimización de una parte de la Central Termoeléctrica Bocamina ingresara al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental y no mediante Declaración de Impacto Ambiental. Como se puede apreciar, se trata de un caso de intervención jurisdiccional representativo del periodo que tratamos y en que, a diferencia de la etapa anterior, donde predominaba la deferencia por las decisiones de las autoridades administrativas, la Corte Suprema resuelve la acción de protección controlando de manera directa e intensiva el contenido de un expediente de evaluación ambiental, reemplazando de esa manera la decisión del Servicio de Evaluación Ambiental. En este caso, la fuente que generaba la obligación de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental a través de un Estudio de Impacto Ambiental, proviene de una sentencia judicial, que así, sustituyó el actuar administrativo.

c) Deferencia Jurisdiccional: Esta etapa principia en el año 2013, teniendo como hito inicial la creación de los tribunales ambientales, existiendo cierta diversidad de fallos, pero que en términos generales, puede señalarse que nuestros Tribunales de Justicia comenzaron a generar una deferencia ya no administrativa, sino que jurisdiccional en favor de la judicatura especializada de los Tribunales Ambientales, para que ellos evaluaran técnicamente las decisiones administrativas. En efecto, durante esta etapa, las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema abandonaron la tendencia a intervenir jurisdiccionalmente en las decisiones técnicas de competencia de autoridades ambientales al momento de fallar acciones de protección en materia ambiental. En cambio, optaron por someter el conocimiento de estas controversias a los Tribunales Ambientales, especializados en cuanto al conocimiento de asuntos ambientales de carácter técnico.

Un caso emblemático y representativo de esta nueva etapa es el pronunciado por la Corte Suprema respecto al proyecto Costa Laguna de Maitencillo, en que expresamente se hace referencia a la segunda etapa (“control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental”) y transición a la tercera:

“Que si bien la jurisprudencia de esta Corte ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que estas habrían incurrido en una manifiesta ilegalidad [...] no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que éstos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado”⁴⁷.

La interrogante entonces tiene que ver con cuál es el espacio que le quedaría al recurso de protección ambiental. Y es por esto que algunos autores identifican una cuarta etapa de desarrollo jurisprudencial en torno a la acción de protección ambiental, denominada de “Compatibilidad del recurso de protección con la jurisdicción especializada de los Tribunales Ambientales”⁴⁸. Sin embargo, más que una nueva etapa, es la misma deferencia jurisdiccional ambiental, pero entendiendo que el recurso de protección ambiental sigue vigente, lo cual se grafica muy bien en el caso del Parque Eólico La Cabaña, en que la Corte Suprema, a pesar de reconocer que –“por regla general”– la decisión de si un proyecto ingresa al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante Declaración o Estudio de Impacto Ambiental, es de un carácter técnico que excede el ámbito de la acción de protección, y de reconocer además que los Tribunales Ambientales son la sede natural para conocer de una controversia de esas características, contiene una prevención del Ministro Sergio Muñoz, en que señala:

“Primero: Que el carácter conservador que ostenta la potestad que ejercen los tribunales superiores de justicia en este tipo de arbitrio [acción de protección ambiental], en el entendido que por su conocimiento se resguarda y ampara la vigencia efectiva de los derechos constitucionalmente garantizados, obliga a adoptar las medidas que el restablecimiento del imperio del derecho exige cuando acciones u omisiones arbitrarias o ilegales importen privación, perturbación o amenaza a su respecto. (...). [De esta manera] el propio artículo 20 de la Constitución Política estipula de manera expresa que el recurso de protección, acción constitucional originaria, no impide ni resulta incom-

⁴⁷ SCS Rol N° 2892-2014 (29.04.2014), c. 7°.

⁴⁸ Carrasco, Edesio, “De Trillium a Central los Cóndores: continuidad y cambio del recurso de protección ambiental en veinte años de jurisprudencia”, 285.

patible con el ejercicio de otros derechos, ya sean de índole administrativa o jurisdiccional”⁴⁹.

Bajo el criterio expuesto, existe jurisprudencia de la Corte Suprema en que esta, conociendo de una acción de protección ambiental, resuelve controversias que antes consideraba eminentemente técnicas y cuyo conocimiento, estimaba, debía estar entregado a las competencias de los Tribunales Ambientales.

En efecto, a modo meramente ejemplar, destacamos un caso en que la Corte Suprema en sentencia dictada el 9 de septiembre de 2020, en la causa Rol N° 1462-2020, considerando 12° y voto de prevención del Ministro Sergio Muñoz, en que se resolvió que, dado que el SEA no esperó un informe del Consejo de Monumentos Nacionales, y ante una posible afectación de un monumento histórico, dicha autoridad administrativa afectó el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación de los recurrentes, motivo por el cual revocó la Resolución de Calificación Ambiental de un proyecto. En este caso, además, en una prevención, el Ministro Sergio Muñoz sostuvo que el proyecto debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante Estudio y no mediante Declaración de Impacto Ambiental, como lo hizo originalmente.

Otro caso que puede tenerse a la vista, en sentencia dictada por la Corte Suprema el 21 de septiembre de 2020, en la causa Rol N° 59782-2020, con voto disidente del Ministro Sergio Muñoz, especialmente en su considerando 19°, en que una comunidad indígena interpuso una acción de protección ambiental contra las resoluciones del Servicio de Evaluación Ambiental que negaron la apertura de un proceso de participación ciudadana en la evaluación ambiental de un proyecto, ingresado mediante Declaración de Impacto Ambiental.

En este caso, si bien la Corte Suprema rechazó la acción de protección, existe un voto disidente del Ministro Sergio Muñoz, en el que estuvo por acoger la acción de protección ambiental, por estimar que sí concurrían los requisitos para la apertura de un proceso de participación ciudadana; y, además, porque, en virtud del principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia, y debido a la compatibilidad de la acción de protección

⁴⁹ SCS Rol N° 35244-2016 (05.09.20216), c. 1° de la prevención del Ministro Sergio Muñoz

con otras vías jurídicas, estimaba ajustado a derecho acoger la acción de protección ambiental⁵⁰.

Ante las vacilaciones y falta de consistencia de las decisiones de la Corte Suprema, se ha dicho que urge más claridad doctrinaria -y, para nuestro caso, una definición normativa- que atribuya un sitio preciso, predecible, armónico y procesalmente prolijo para el recurso de protección en esta zona del derecho⁵¹.

En conclusión, y en el sentido de entender la fundamentación del art. 30 de la Ley N° 20.600, no puede perderse de vista la discusión sobre el recurso de protección ambiental, y especialmente la etapa de control intenso del actuar administrativo ambiental (control de mérito) y sus problemáticas, y cómo, a través de la deferencia jurisdiccional a los tribunales ambientales, contando estos con un artículo 30 que les permite evaluar (pero no sustituir) el contenido técnico de la decisión administrativa, se evita que en esta revisión de legalidad se determine el contenido discrecional de los actos anulados.

4.2. Razones de política pública

Desde el punto de vista de las políticas públicas, no es indiferente que en la revisión de legalidad, los tribunales puedan o no determinar el contenido discrecional de los actos anulados, especialmente en relación a la obvia separación entre el poder ejecutivo y el judicial, y también por motivaciones presupuestarias. Ello ya que:

“los tribunales administrativos son jueces de la administración, pero no administran. Por eso, en circunstancias que inicialmente el proyecto de ley admitía que el Tribunal Ambiental sustituyera el acto atacado por otro, el texto definitivo de la ley N° 20.600 solo le ha permitido ordenar que un acto se modifique, determinando su contenido (dentro de límites elementales). Aunque la variación del texto no es muy significativa en el plano del lenguaje, la ley deja a salvo la determinación concreta, por la administración, del contenido,

⁵⁰ SCS Rol N° 59.782-2020 (21.09.2020), voto disidente del Ministro Sergio Muñoz, especialmente en su considerando 19°.

⁵¹ Fernandois Arturo y Chubretovic Teresita, “El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n° 1 (2016):62.

del contenido del acto inicialmente ilegal. Aunque reducido en intensidad, el principio de separación de poderes sigue vigente en este campo⁵².

Ahora bien, lo anterior adquiere una mayor importancia en materia ambiental, dadas las lógicas propias que tiene la temática ambiental y que requieren un claro protagonismo de la administración ambiental.

En efecto, cuando hablamos de medio ambiente, nos referimos a los llamados componentes del medio ambiente (especialmente agua, aire, suelo, biodiversidad y sus elementos socioculturales) y sus interacciones, los que, a su vez, conforman lo que se ha denominado “sistema ambiental”, el cual está en permanente modificación y resulta esencial para la vida humana.

Las distintas legislaciones ambientales tienden a definir medio ambiente bajo el esquema de componentes y de sistema ambiental, resultando de relevancia la definición de medio ambiente de la Ley N° 19.300, que lo conceptúa como “el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones” (Ley N° 19.300, art. 2° letra II). Esta definición recoge así el concepto de sistema ambiental, su lógica dinámica y su importancia para el desarrollo de la vida en el sentido de un ambiente que le sea “propicio” y no solo “adyacente”, y contempla además un objeto bastante amplio, considerando, incluso, a los elementos socioculturales, los cuales, en definitiva, también son parte del entorno de la persona. Resulta innegable la influencia en esta definición del concepto dado por Raúl Brañes de “sistema ambiental”, como: “Conjunto de elementos que interactúan entre sí [...] que provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema”⁵³.

El hecho que el medio ambiente sea un sistema dinámico, no es inocuo desde el punto de vista del derecho, lo cual exige una aproximación a los temas ambientales bajo una lógica responsiva y adaptativa, que contrasta (a veces) con el principio de la certeza, que resulta fundamental para los efectos jurídicos. Así, el desafío, y ya en el ámbito regulatorio, radica justamente en alcanzar un equilibrio entre el dinamismo propio de lo ambiental, con

⁵² Valdivia Olivares, José Miguel, “Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales”, 268.

⁵³ Brañes, Raúl, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000), 20.

la certeza y reglas propias del Derecho. A primera vista, ello puede aparecer complejo, pero es factible de alcanzar en la medida que las propias reglas jurídicas incluyan elementos dinámicos y, también, que el riesgo ambiental logre ser analizado bajo parámetros objetivos. Esta problemática también tiene implicancias en relación a quién decide los temas técnicos. En efecto, las sentencias judiciales, dada su característica de cosa juzgada, congelan las decisiones técnicas que se incluyan en las respectivas sentencias, no permitiendo su modificación (cuando, evidentemente, no hay recursos pendientes). Ello fue señalado también en relación a las sentencias de protección, tal como ya se ha señalado en cuanto se genera “un efecto de validez general a una sentencia cuyo objeto es, jurídicamente, de tutela transitoria”⁵⁴.

Cuestión distinta ocurre cuando las decisiones técnicas son tomadas en sede administrativa, lo cual, de acuerdo a los principios y reglas propias del derecho administrativo, permiten su permanente seguimiento y revisión, con respuestas adecuadas del derecho frente a un sistema que es por esencia dinámico. Con todo, esta lógica responsiva y adaptativa, puede resultar que sea ejercida en forma arbitraria, en cuyo caso se requiere la revisión judicial vía control de legalidad.

De esta forma, el rol de la sede administrativa y la judicial quedan claramente diferenciados, lo cual además permite que la sede judicial profundice en lo que significa el control de legalidad del actuar administrativo discrecional, en relación al concepto de arbitrariedad y sus elementos, generando reglas para entender cuándo dicho actuar discrecional sería arbitrario y, por tanto, ilegal.

Por otra parte, el hecho de que exista una jurisdicción especializada (la ambiental), requiere que la misma tenga límites, ya que ella tiene:

“escasos incentivos a ser deferente con la Administración, pues su propio conocimiento (ya sea acumulado en el tiempo o adquirido por conocimientos en una determinada ciencia o arte) y la justificación tras su creación, le permiten examinar con confianza no solo el derecho, sino también las cuestiones de hecho y de política pública involucradas”⁵⁵.

⁵⁴ Tapia, Javier y Cordero, Luis. “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 59.

⁵⁵ Tapia, Javier y Cordero, Luis. “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 12.

4.3. Los problemas de esta deferencia administrativa

Sin perjuicio de las bondades que desde un punto de vista de las políticas públicas tiene el sistema que evita que los tribunales reemplacen el actuar administrativo, se genera una problemática cuando el control de legalidad no es claro en relación a la forma cómo ha de actuar el órgano de la administración para que dichas actuaciones sean “legales”, pudiendo generarse así un verdadero “loop” con “idas y venidas” entre la sede administrativa y judicial, lo cual no solo es ineficiente en términos de tiempo, sino que también afecta la certeza jurídica. Ello ya que un acto administrativo anulado podría volver a caer en ilegalidad recamada judicialmente.

En este sentido, resulta fundamental que las sentencias de los tribunales ambientales, en el control de legalidad que ejerzan, sean lo suficientemente claras y contengan reglas precisas a objeto de poder “implementar” fácilmente la sentencia en cuestión por parte del órgano de la administración, para que este pueda actuar dentro del marco legal.

5. CONCLUSIONES Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 30 POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA

Tal como se ha señalado en el presente trabajo, el artículo 30 de la Ley N° 20.600, refleja un adecuado equilibrio entre el control de los actos administrativos ambientales por parte de los Tribunales Ambientales, para evitar su “desborde” desde un punto de vista de la legalidad -cuestión que resulta evidente de acuerdo a la historia de las distintas leyes en comento-, con un necesario criterio de deferencia con el actuar administrativo ambiental y que constituye un verdadero límite de la revisión judicial en cuanto a no sustituir el actuar administrativo, con la finalidad—también evidente—, de evitar los “desbordes judiciales”, teniendo en especial consideraciones razones de política pública y la experiencia en esta materia en relación al recurso de protección ambiental.

La problemática asociada a este equilibrio, esto es el denominado “loop administración / revisión”, se soluciona con lo que la jurisprudencia ha señalado como las consideraciones mínimas que han de tenerse en cuenta por la administración cuyo acto administrativo fue anulado por los Tribunales Ambientales, justamente para evitar que el asunto vuelva a ser ventilado en tribunales.

La jurisprudencia de nuestros tribunales del artículo 30 de la Ley N° 20.600 ha sido explícita en reconocer la aplicación del mencionado

artículo, generando una interesante discusión en relación a su alcance, especialmente en el sentido de no interpretar la existencia del mencionado artículo como una suerte de vuelta a la “deferencia total” del primer período del recurso de protección ambiental, sino entenderla como una deferencia jurisdiccional que permite la evaluación del contenido técnico, pero que no permite la sustitución del actuar administrativo.

Así lo estableció la Corte Suprema, en causa Rol N° 100805-2016, con fecha 29 de diciembre de 2017, en su considerando 43°:

“Que tampoco puede estimarse, como lo reprocha el SEA, que a través del análisis de la metodología del Informe Antropológico que sirvió para categorizar el elemento humano involucrado en el proyecto, el Tribunal Ambiental esté determinando el contenido discrecional de los actos administrativos anulados, actividad prohibida por el artículo 30 de la Ley N°20.600. En efecto, el examen llevado a cabo por los jueces en el caso de autos se enmarcó en la exigencia del artículo 16 inciso final de la Ley N°19.300, de acuerdo al cual “El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado”. Es del caso que en la especie se concluyó que las falencias del Estudio Antropológico impidieron determinar si el proyecto genera o no el impacto contenido en el artículo 11 letra c) del mismo cuerpo legal para sobre esas bases, proponer medidas de mitigación eficaces”.

En el mismo sentido, Corte Suprema Rol N° 3971-2017, de fecha 28 de junio de 2019, considerando 57°⁵⁶.

⁵⁶ “Vigésimo séptimo: Que en lo que respecta al tercer rubro de nulidad sustancial, por vulneración del artículo 30 de la Ley N° 20.600, texto ya en parte reproducido en lo que precede, cabe advertir que el yerro acusado no se configura en la especie si se le analiza en relación con el tenor del texto en mención. En primer lugar, la denuncia de haber sobrepasado el tribunal los límites del control de legalidad que le está permitido -al discurrir acerca del mérito de los elementos que sirvieron de base a la decisión administrativa agravante-, no significa ni traduce necesariamente la infracción del texto en referencia, ello por cuanto en un nivel estrictamente acotado y restrictivo, como lo pretende este arbitrio, resultaría fácilmente soslayada la garantía de tutela judicial efectiva para los ciudadanos observantes, efecto que se aleja de los fines perseguidos por el legislador, lo dicho, sin dejar de considerar que ciertamente se buscó también poner límites al control jurisdiccional. En relación a este ejercicio de equilibrio, el profesor Jorge Bermúdez Soto en su obra “Fundamentos de Derecho Ambiental”, página 545 ha señalado que “Lo que impide la norma es que el juez pueda determinar el contenido de un acto administrativo discrecional, pero no impide que puedan ser controlados todos los elementos formulados para el control de la discrecionalidad”. En lo que toca al

En el siguiente fallo, la Corte Suprema menciona cómo ha de hacerse este control de mérito por parte de los Tribunales Ambientales, estableciendo que en su labor, dichos tribunales, han de explicitar “dentro del marco de su competencia, ciertas consideraciones mínimas que deberán tenerse a la vista y cuya ausencia no puede ser tolerada, por cuanto ello implicaría desatender los principios básicos de nuestra legislación ambiental, especialmente su carácter preventivo y precautorio”⁵⁷.

Con todo, la misma Corte Suprema estableció el límite que de acuerdo al artículo 30 tienen los tribunales ambientales, en el sentido de “no poder determinar el contenido del acto anulado”, específicamente en cuanto a ordenar una rebaja de una multa de la superintendencia del medio ambiente, en un porcentaje determinado. Ello en la causa Rol N°63.341-2020, de fecha 9 de julio de 2019, considerandos 17°, 18° y 19°⁵⁸. Mismo criterio en

argumento del recurso en orden a que el tribunal ambiental no puede determinar el contenido del acto anulado, cabe puntualizar que tal circunstancia no ha acontecido en la especie toda vez que el fallo impugnado se limitó a declarar que acoge las reclamaciones de fojas 2 y de fojas 118; que la Resolución N° 0322 del Director Ejecutivo del SEA objeto de las reclamaciones, no se ajusta a las normas vigentes, y que anula totalmente ese acto administrativo”.

⁵⁷ Corte Suprema, Rol N° 8573-2019 (13.01.2021), considerando 45.

⁵⁸ “[...] asentado el marco normativo sobre la materia, de la sola lectura de la sentencia en estudio se colige que el Segundo Tribunal Ambiental vulneró el citado artículo 30 de la Ley N° 20.600, porque no obstante que dicha norma expresamente prescribe que “el tribunal ambiental no puede determinar el contenido del acto anulado”, aquel ordenó la rebaja de la multa en un porcentaje explícito, es decir, “determina el contenido del acto anulado”, desconociendo las facultades legales que le rigen.

Que, por tanto, el Segundo Tribunal Ambiental lo que hace es ordenar a la SMA una reducción específica de la multa aplicada a la infractora, desconociendo la facultad discrecional que al respecto la ley concedió a la SMA y que incluso la propia sentencia impugnada reconoce en su motivo octogésimo sexto al expresar textualmente “es facultad discrecional de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar el monto o la reducción de una multa, esto último por concepto de la capacidad económica del infractor, conforme a lo señalado en el literal f) del artículo 40 de la LOSMA”. No obstante, como se dijo, el fallo ordenó a la SMA rebajar la multa en un 40% de la multa original, lo cual se traduce que, en los hechos, se determinó el contenido *del acto anulado, trasgrediendo la potestad discrecional que la ley concedió a la SMA para determinar la sanción y la multa* y, en concreto, al inciso segundo del artículo 30 de la Ley N° 20.600, que prohíbe expresamente esa actuación al órgano jurisdiccional.

Que, así las cosas, forzoso es concluir que los falladores incurrieron, efectivamente, en el error de derecho denunciado en este extremo, toda vez que la sentencia

causa rol N° 3470-2018, de fecha 9 de julio de 2019, en cuanto a que el tribunal no puede ordenar la instrucción de un procedimiento sancionatorio y la formulación de cargos (considerandos 33° y 34°)⁵⁹.

Los señalados fallos han hecho una correcta aplicación del art. 30 por parte de la Corte Suprema. Sin embargo, mucho sorprendió un reciente fallo en que dicha aplicación fue justamente la contraria de la tendencia jurisprudencial señalada, y donde expresamente en la sentencia, se “determinó el contenido específico”, sustituyendo el actuar administrativo, cuestión que de acuerdo al criterio de la misma Corte Suprema antes visto, está prohibido. Así, en causa Rol N° 14568-2021, de fecha 25 de noviembre de 2022, y en relación a la calificación y determinación de una sanción específica de la Superintendencia del Medio Ambiente, se resolvió en los considerandos 11° y 12°, que:

“Por consiguiente, en autos se configura el supuesto contemplado en la letra d) antes transcrita, esto es, la localización de uno de los componentes del proyecto, de manera próxima a una área protegida, susceptible de ser afectada, lo cual permite calificar la infracción como una de carácter gravísimo. En este sentido, considerando la importancia del peligro ocasionado (artículo 40 letra a) de la Ley N°20.417) dado que se trata de un proyecto en ejecución que, conforme a la fiscalización de la SMA cuenta con viviendas construidas y

determinó el contenido del acto anulatorio al ordenar a la SMA el monto al cual debía ascender la rebaja de multa que estimaba procedente, transgrediendo lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 30 de la Ley N° 20.600.

⁵⁹ “Trigésimo tercero: Que el recurrente, a fs. 1983, acompañó informe en derecho de la profesora, asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Valentina Durán Medina, que en lo concerniente a la limitación establecida en el artículo 30 inciso 2° de la Ley N° 20.600 expresa que ésta: “tiene directa relación con el reconocimiento de áreas de decisión técnica que el Poder Legislativo le ha entregado preferentemente a las agencias de la Administración del Estado, en el caso particular, a la SMA. Ello por cierto no obsta a que los Tribunales Ambientales cuenten con amplias competencias técnicas y jurídicas para revisar todos los antecedentes que componen el procedimiento administrativo que sostiene un acto en particular. Como bien señalan Tapia y Cordero, su propio conocimiento y la justificación tras su creación le permiten examinar con confianza no sólo el derecho, sino también las cuestiones de hecho y de política involucradas.

Trigésimo cuarto: Que de lo relacionado en los considerandos precedentes, sólo cabe concluir que los sentenciadores incurrieron en el error de derecho que se les atribuye en los recursos de casación en el fondo, toda vez, que además de anular parcialmente la Resolución Exenta N° 489 de 2017 de la SMA, ordenan la instrucción de un procedimiento sancionatorio y la formulación de cargos en éste, determinando así el contenido de un acto discrecional en contravención a lo dispuesto en el artículo 30 inciso 2° de la Ley N° 20.600”.

otros en proceso de construcción [...] esta Corte procederá a evaluar el monto de la multa a imponer en 5.001 Unidades Tributarias Anuales”.

Así, la Corte Suprema, contrariando el art. 30, determina el contenido específico del actuar administrativo, calificando una infracción y determinando el monto de la multa, lo cual claramente corresponde a un exceso o “desborde judicial”, de acuerdo a la misma jurisprudencia previa de la Corte Suprema y a la crítica autorizada jurisprudencial⁶⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- Bergamini, Kay, Ricardo Irarrázabal, Juan Carlos Monckeberg y Cristián Pérez. “Fiscalización, sanción y control ambiental en Chile. Diagnóstico y propuestas para la Superintendencia del Medio Ambiente y tribunales”, en *Propuestas para Chile 2017*. Santiago: Centro de Políticas Públicas PUC, 2017.
- Brañes, Raúl. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Carrasco, Edesio. “De Trillium a Central los Cóndores: continuidad y cambio del recurso de protección ambiental en veinte años de jurisprudencia”, *Revista Justicia Ambiental*, n° 9 (2017).
- Fernandois Arturo y Chubretovic Teresita. El recurso de protección en asuntos ambientales, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n° 1 (2016).
- Galindo, Mario. “Diagnóstico y reforma de los procedimientos jurisdiccionales ambientales”, *Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental*, 2006.
- García G José Francisco y Verdugo R. Sergio. *Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Libertad y Desarrollo, 2013.
- Hervé Espejo, Dominique y Vargas Pavez, Macarena. “La Consulta de la sanción ambiental: un trámite procesal innecesario”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, n° 28 (2021).
- Irarrázabal, Ricardo. “¿Control de legalidad o de mérito en las políticas públicas ambientales? Fallo sobre la derogación de la norma del MP10 anual”, *Sentencias Destacadas 2015*, Libertad y Desarrollo (2017).
- Pierry Arrau, Pedro. “Las transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n° 23 (2002).

⁶⁰ Ver Análisis “Caso Punta Puertecillo y las complejidades de la casación ambiental”, de la profesora Rosa Fernanda Gómez en El Mercurio Legal: “Este fallo llama la atención no solo por el desplazamiento de la potestad sancionadora desde la sede administrativa a la sede judicial, sino también por el hecho de que la imposición directa de sanciones por medio de una sentencia judicial compromete la garantía de igualdad ante la ley, el derecho a la defensa y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva”.

- Plumer, Marie Claude. “Los Tribunales Ambientales. Se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”, en *Anuario de Derecho Público UDP*, ed. Javier Couso. Santiago: Ediciones UDP, 2013.
- Tapia, Javier y Cordero, Luis. “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, *Estudios Públicos*, n° 139 (2015).
- Valdivia Olivares, José Miguel. “Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales”, en *La nueva justicia Ambiental*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

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

GLADYS CAMACHO CÉPEDA¹

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

La regulación ha sido reconocida como una forma de actuación de la Administración del Estado caracterizada por su adaptabilidad a los objetivos de políticas públicas dirigidas a los mercados regulados o de especial incidencia económico-social, aplicando técnicas preponderantemente no imperativas -más blandas-, más concertadas, adaptadas y diversificadas².

Ayres & Braithwaite entienden que la regulación que ellos califican como 'responsiva' es una estrategia de gobernanza (junto a otras más) y lo que la distingue es que su foco está situado tanto en lo que desencadena una respuesta regulatoria como en cuál será la respuesta del regulado³. En

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

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

tal sentido, es importante que la regulación atienda a la estructura de la actividad o industria ya que la diversidad de estas conducirá a diferentes grados y formas de regulación. En esta combinación de factores el regulador no puede prescindir de las motivaciones de las empresas reguladas⁴. Con ello, Ayres & Braithwaite subrayan que la regulación responsiva tiene en consideración la capacidad de respuesta de los agentes regulados a la conducta deseada por el regulador. Ciertamente, a ello debe añadirse el conocimiento que los reguladores poseen sobre el efecto que su actividad regulatoria o el ejercicio de sus facultades de imponer reglas, conductas o cargas administrativas sobre los agentes regulados tiene sobre la conducta de estos⁵, todo lo cual incide en el cumplimiento de la legalidad, por ello es aconsejable la adopción de una forma de intervención estratégica.

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

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

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

⁴ Ídem.

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

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

Con estas premisas, cabe preguntarse ¿a cuál enfoque responde el PdC?, ¿cuánta efectividad tiene?, ¿se cumplen los criterios exigidos para su aprobación? Según lo reseñado en los párrafos previos, la respuesta a la primera pregunta es claramente que en el caso del PdC el enfoque que se emplea es el disuasivo o sancionatorio, pues emplea una estrategia acusatoria y adversarial inconclusa, pero que se mantiene como una suerte de emplazamiento postergado que se vuelve a activar en caso de incumplimiento del PdC. Esta estrategia de intervención para su mejor resultado debiera estar acompañada con otras formas más “blandas”, que respondan a la estrategia de persuasión y orientación. Las medidas a aplicarse se ordenan gradualmente estructuradas, según Ayres & Braithwaite, en una “Pirámide de Cumplimiento” (*pyramid of enforcement strategies*), que propende a que en principio deben buscarse las medidas que afecten menos al regulado, mantenerse atentos a su respuesta y el nivel de cooperación que éste presta para solo escalar a los niveles más severos al final⁷. Un ejemplo de esta pirámide de cumplimiento se reproduce a continuación.

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

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

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



Fuente: Ayres & Braithwaite, *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*, ³⁵.

Ahora bien, esos diversos instrumentos de intervención que caracterizan la regulación responsiva llevan a afirmar que la regulación que optimiza el cumplimiento es aquella que es oportuna y eventualmente cooperativa, severa e indulgente, según sea necesario. Lo cual requiere flexibilidad y actuación estratégica en función de los objetivos a alcanzar. En otra parte se intenta una aproximación a la diversidad de instrumentos regulatorios que se han identificado en el Derecho Comparado aplicables en la materia ambiental, proponiendo avanzar en un enfoque responsivo estratégico⁸.

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

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

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

En particular las instituciones que integran los cuadros orgánicos de la Administración del Estado en materia ambiental adjudican a distintos órganos las funciones que las entidades reguladoras americanas suelen concentrar. Así, la EPA (Agencia de Protección Ambiental de USA) no solo ejecuta programas, campañas diversas, brinda asistencia técnica, otorga subvenciones, sino que también, regula, fiscaliza e impone sanciones⁹, constituyendo una parte importante de su misión la de hacer cumplir las leyes ambientales.

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

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

⁹ Vid. <https://espanol.epa.gov/>

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

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

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

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

de la normativa ambiental que en la sanción de las infracciones cometidas por parte de los agentes económicos en relación con los instrumentos de gestión ambiental regulados en la LBGMA. Ello se conecta con una de las transformaciones que se inicia a fines del siglo pasado que pone más energía en establecer nuevas formas de relación entre el Estado y el ciudadano, que no se basan en el binomio mando-obediencia o subordinación-sujeción sino en los principios de buena fe y confianza legítima, que da lugar a un ejercicio del poder público que puede ser concertado y no exclusivamente unilateral, cual es la expresión típica del ejercicio de autoridad¹¹. Ello nos conecta con la noción de gobernanza que enfatiza el rol de las redes de actores públicos y privados, así como los cuerpos intermedios, cuyo actuar cooperativo permite lograr metas más ambiciosas¹².

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

Si bien la literatura especializada propone el empleo de estrategias híbridas para lograr que la normativa ambiental sea eficaz, también subraya la necesidad que se logre la combinación precisa porque algunas son complementarias y otras no¹³.

Voces autorizadas han escrito acerca del PdC y examinado su regulación y la práctica de su tramitación¹⁴, así como también han examinado la herramienta sancionadora desde una perspectiva responsiva¹⁵. En este

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

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

¹³ Gunningham, Neil, “Enforcing Environmental Regulation”, *Journal of Environmental Law*, vol. 23, Issue 2 (2011): 184.

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

¹⁵ Guiloff Titiun, Matías y Soto Delgado, Pablo, “Sanciones Administrativas, Discrecionalidad y Revisión Judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, *La Nueva Justicia Ambiental*. Coord, Ferrada Bórquez y otros, (Santiago: La Ley, 2014), 101-124.

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

- Significación del PdC como instrumento de gestión responsiva

En primer lugar, es necesario abordar la significación de este instrumento a través de algunas cifras que reporta la SMA. En general, desde su año de instalación en 2013 hasta 2022 se han incoado 36.926 expedientes de fiscalización, los que en su gran mayoría (70%) se han iniciado por denuncias, seguido por el inicio a partir de informes de fiscalización (29%) y escasamente por autodenuncias (1%)¹⁶. Las infracciones ambientales en un 68,6 % se relacionan con normas de emisión y en un 13,8% a resoluciones de calificación ambiental. Sin embargo, en un alto porcentaje (el 79,8%) termina sin procedimiento sancionatorio dado que terminaron sin hallazgos mientras que el 20,2% conllevó un procedimiento de este tipo que implicó la formulación de cargos. De este modo, resulta que los procedimientos sancionatorios en el mismo período ascendieron a 2.022. En relación con éstos se presentaron, desde 2013, la suma de 1.212 PdC cuyo balance es: 170 continúan en análisis, 169 fueron rechazados y 873 han sido aprobados¹⁷. El balance final, es que 461 PdC están en ejecución mientras que 322 han terminado satisfactoriamente.

Existen datos alentadores sobre la potencialidad del PdC como instrumento eficaz para la promoción del cumplimiento ambiental. De un lado, en 2019, se señalaba que las multas cursadas bordearon los 17 millones de dólares. Mientras que las inversiones en PdC aprobados en el mismo año alcanzaron 83 millones de dólares¹⁸. Estos datos muestran la significación económica y la usabilidad del instrumento que justifica su potenciación junto a otras vías alternativas que pueden emplearse previo al procedi-

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

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

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

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

Pero al mismo tiempo existen aspectos críticos que se continúan agravando, pues a pesar de los esfuerzos de gestión desplegados por la SMA en 2022 se reportaba que aún existían más de 5 mil denuncias pendientes (que significan el 39% del total histórico) y cerca de 2.500 expedientes de fiscalización sin tramitación sancionatoria (11% del total histórico), que además corresponden a los de mayor complejidad. Ambos hechos podrían presionar también por un aumento de presentaciones de PdC que deben ser evaluados, aprobados y fiscalizados en su cumplimiento. Todo lo cual recae en el mismo servicio (la SMA) cuya dotación y recursos financieros requiere se aumentados con el fin de satisfacer la demanda proyectada al 2025¹⁹.

-El PdC como forma de terminación del procedimiento administrativo sancionatorio

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

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

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

de los servicios públicos con competencia ambiental, suelen señalar que el procedimiento sancionador se inicia con la formulación de cargos²⁰.

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

La presentación de un PdC en el marco del procedimiento sancionador da lugar a la tramitación de un procedimiento administrativo cuyo objeto es la evaluación y aprobación de la propuesta de plan de cumplimiento presentada. Ello habla de la flexibilidad que impone la función que debe cumplir la institución del procedimiento administrativo en la actualidad, especialmente para adaptarse al objeto y las circunstancias del caso²¹. Al respecto, es aplicable la representación poliédrica del procedimiento administrativo que propone Vaquer, lo que da cuenta de lo inadecuada que es la representación lineal del procedimiento administrativo. En esta ocasión, el procedimiento ligado a la aprobación del PdC se configura como un polígono irregular que está conectado con el procedimiento sancionador que claramente es el procedimiento principal. A resultas de la presentación del PdC no se impulsa el procedimiento sancionador hasta que el procedimiento especial termine con la decisión de aprobación o rechazo del PdC.

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

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

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

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

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

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

señala el inciso 3° del art. 42 de la LOSMA²². Ahora bien, este derecho garantiza la obligación de que el plan presentado sea evaluado con garantías de un debido proceso mas no se extiende a la aprobación del plan de cumplimiento, por lo que si bien la SMA puede realizar observaciones y otorgar asistencia técnica en su caso, a razón de lo cual se le permite al peticionario revisar y enmendar su propuesta, la SMA no está obligada a una reiterada revisión hasta que aquel logre el estándar satisfactorio exigido. La SMA está facultada para apreciar con amplia discrecionalidad la idoneidad del plan sometido a su consideración, guiada por los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad, si el PdC satisface adecuadamente las exigencias del caso. El Primer Tribunal Ambiental claramente ha seguido esta línea de interpretación cuando rechazó la alegación de vulneración del principio de contradictoriedad por parte del recurrente no dando lugar a reproche sobre la resolución de la SMA que rechazó el PdC, no obstante que según el recurrente “sus propuestas eran subsanables” y la SMA no dio “oportunidad a ajustarse al estándar buscado por ésta. Según el Primer Tribunal Ambiental:

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

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

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

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

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

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

tuación particular, contraria al ordenamiento, o bien ejercer la potestad sancionadora o alternatively, aceptar los compromisos del presunto infractor²⁴ aceptando la terminación convencional del procedimiento sancionador. Los matices del caso particular del instrumento que se comenta que lo alejan de la Administración Convencional, en primer lugar, se refieren a que quien tiene la facultad, dentro de un procedimiento sancionador, de optar por presentar un PdC es el presunto infractor (solo se niega este derecho en determinados casos establecidos en el inciso 3° artículo 42 de la LOSMA), por lo que la Administración no puede exigirle a éste que opte por este camino. En segundo lugar, el PdC no abre una etapa de negociación entre la autoridad fiscalizadora y el supuesto infractor propia de la Administración Convencional, sino que habilita a la SMA a evaluar y verificar que el PdC cumpla con las exigencias para ser aprobado, con arreglo de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad de las metas y acciones propuestas. Igualmente, el tercero interviniente en el procedimiento sancionador tampoco puede constituirse en una parte negociadora cuyas pretensiones el titular debe satisfacer a fin de obtener la aprobación del PdC. Los terceros podrán intervenir en el procedimiento de aprobación del plan de cumplimiento, pero la SMA aprobará o rechazará según estime si el PdC presentado cumple con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad exigidos por el art. 9 del Decreto Supremo N° 30, de 2012, del Ministerio de Medio Ambiente, que Aprueba el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (D.S. N° 30/2012).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El citado reglamento introduce la obligación de la SMA de brindar asistencia los regulados (art. 3° D.S. N° 30/2012) sobre los requisitos y criterios para la presentación y aprobación de programas de cumplimiento incluyendo la comprensión de las obligaciones que emanan de ellos. La jurisprudencia ha interpretado que esta obligación de asistencia de la SMA la ha cumplido con la elaboración de una Guía para la Presentación de un Programa de Cumplimiento²⁷ que, en efecto, contiene un buen detalle de cómo debe presentarse y la información que éste debe precisar²⁸. Con todo, los tribunales ambientales continúan exigiendo que la SMA siga perfeccionando la guía de apoyo para la elaboración de PdC para una mayor claridad y con ello, contribuir a mejorar a que la respuesta del proponente sea ágil, oportuna y concreta en el pronto cumplimiento de los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad del art. 9° del D.S. N° 30/2012. Pero, sobre todo, desde la judicatura ambiental se subraya que “[...] es imperioso guardar congruencia, actitud y voluntad real de abordar los problemas que generan los incumplimientos de cualquier normativa, y en particular la ambiental, por cuanto afectan a terceros y a la sociedad en su conjunto”²⁹.

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

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

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

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

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

En relación con el criterio de *eficacia* el cual según la letra b) del art. 9 del D.S. N° 30/2012 exige que las acciones y metas del PdC aseguren el cumplimiento de la normativa ambiental infringida, al mismo tiempo que deben contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción. El estándar de eficacia se enfoca en examinar si efectivamente, las acciones y metas propuestas en función de los cargos a los que debe responder el presunto infractor conlleva el freno, la reducción o eliminación de los efectos generados por los hechos infraccionales³¹. Ahora bien, es un criterio común de la judicatura ambiental que la exigencia legal de “[...] hacerse cargo de los efectos de la infracción no significa eliminar todos los espacios de incertidumbre [...], sino que hacer un análisis razonable que permita descartar que los efectos principales han sido abordados y cubiertos [...]” (considerando centésimo trigésimo tercero)³², en la reducción de esta incertidumbre puede ser muy útil hacer exigible que las modificaciones del PdC ingresen al SEIA³³. Igualmente, la judicatura ambiental respaldándose en lo resuelto por la Corte Suprema ha sostenido que como la presentación de una propuesta de PdC supone implícitamente aceptar los cargos formulados, en el caso que el titular cuestione la existencia de efectos negativos que la SMA ha imputado a su conducta infraccional, corresponde al infractor la prueba en este punto a fin de acreditar la inexistencia de los efectos que se cuestionan. Mientras que a la SMA solo le corresponde probar la existencia del hecho infraccional contrario a la legislación ambiental aplicable³⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta materia de alta sensibilidad se han fijado algunos criterios para rechazar su procedencia cuando se evalúa la aprobación o rechazo de un PdC. En primer lugar, en el procedimiento sancionador, no se ha establecido una obligación de consulta indígena, por lo tanto la conexión que tiene el procedimiento sancionador (principal) con el procedimiento (secundario) que surge cuando el responsable de los cargos formulados opta por presentar un PdC con el fin de subsanar las infracciones incurridas, no cambia la naturaleza del procedimiento sancionador inicial, es decir, continúa siendo un procedimiento sancionador unidireccional que busca establecer la responsabilidad y la eventual sanción que corresponda³⁶.

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

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

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

la imposición de sanciones administrativas³⁷ no se estima procedente la consulta indígena.

Finalmente, el colofón de este razonamiento por el que no se estima procedente la incorporación de la consulta indígena es que el PdC no responde al diseño que esta consulta involucra posibilitando “el diálogo intercultural entre los órganos del Estado y los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados directamente con determinada medida legislativa o administrativa, con el objeto de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento previo a la implementación de las mismas” (considerando quincuagésimo segundo)³⁸. En consonancia con ello, la aprobación de un PdC no es una decisión que el órgano fiscalizador pueda consultar o transar, pues su principal objetivo es ser eficaz en el retorno al cumplimiento de la correspondiente licencia ambiental en cuya tramitación sí se generaron las instancias de consulta indígena y los compromisos correspondientes, para lograr la protección ambiental³⁹ que en este proceso se intenta simplemente hacer cumplir.

4. CONCLUSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

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

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

Jurisprudencia citada

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

Recursos procesales en la Ley N° 20.600

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS¹

SUMARIO: 1. Nociones preliminares. 2. Perspectiva procedimental: El curioso fenómeno chileno. 3. Breve síntesis del recurso y la garantía de un debido proceso. 4. El fundamento supranacional. 5. El recurso y el debido proceso en las normas constitucionales chilenas. 6. La Convención Americana de los Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. 7. Requisitos de procedencia de los recursos. 8. De los Tribunales Ambientales. 9. El régimen recursivo de la Ley N° 20.600. 10. ¿Qué es la "consulta"? 11. La Casación en la Ley N° 20.600. 12. Causales de procedencia de la casación en la forma. 12.1. La casación en la forma y la incompetencia. 12.2. La casación en la forma y la fundamentación de la sentencia. 12.3. La casación en la forma y la prueba. 12.3.1. Sistema de la sana crítica. 12.3.2. Orígenes. 12.3.3. ¿Qué es apreciar la prueba en sana crítica? 13. La interposición conjunta de los recursos de casación en la forma y en el fondo: un criterio general. Bibliografía.

1. NOCIONES PRELIMINARES

Existe una marcada tendencia en el Derecho Comparado a especializar la actividad jurisdiccional: lo comprueban, entre otros argumentos, la proliferación de salas o cámaras especializadas en los tribunales superiores. Entre nosotros, el fenómeno es fácilmente demostrable: es que, más allá de la clásica distinción entre tribunales con competencia exclusivamente civil y aquellos con competencia únicamente penal, aparecen Tribunales de Familia, Tribunales del Trabajo, Tribunales de Cobranza Previsional, Tribunales Tributarios y Aduaneros, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, etc. A este ya abigarrado listado, se agregó el Tribunal Ambiental, cuya creación se propuso por el Poder Ejecutivo mediante Mensaje N° 1419-357, de 28 de octubre de 2009.

La instauración de tribunales especiales avoca, como es sabido, a la adopción de decisiones e innovaciones orgánicas y procedimentales. Para enfrentar el aspecto orgánico, es preciso recordar que, con arreglo a lo prevenido en el art. 5° del Código Orgánico de Tribunales, se reconocen en Chile tres categorías principales de tribunales, a saber, los ordinarios, los especiales y los arbi-

¹ Abogado de la Universidad de Chile. Ex Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y profesor emérito de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Ex – Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

trales. Todavía más, la norma establece que habrá tribunales especiales que formarán parte del Poder Judicial como los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz, y otros que no lo integrarán, como los Juzgados de Policía Local, los Tribunales Aduaneros y Tributarios, etc. Los Tribunales Ambientales creados, pasaron a formar parte de esta última categoría, que se caracteriza porque los que la conforman se rigen por las leyes que los establecen y reglamentan, y tienen limitaciones en el campo de ejecución de resoluciones -que los que integran el Poder Judicial, no presentan-, todo ello, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales del Código Orgánico mencionado.

2. PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL: EL CURIOSO FENÓMENO CHILENO

Conocida como es, la historia de la evolución de los procedimientos nacionales, desde la independencia a la fecha, a nadie sorprende recordar que, en materia penal, contemos, desde el año 2000, con un estatuto completo (el Código Procesal Penal) que vino a reemplazar al que nos regía desde 1907 (el Código de Procedimiento Penal), al paso que el estatuto supletorio y común² -el Código de Procedimiento Civil- permanece inalterado.

Este inmovilismo del legislador procesal civil ha pergeñado un singular fenómeno, consistente en que a lo largo, especialmente de las dos últimas décadas, estatutos procesales especiales, han venido introduciendo, al derecho nacional, institutos, términos y regulaciones que, por modernas y evolucionadas, debieron formar parte de un Código general, para irradiarse, desde allí, a las regulaciones particulares. Elocuente ejemplo de lo que señalo, lo constituye, desde luego, el propio Código Procesal Penal, con la introducción de un régimen de intensa oralidad; la Ley de los Tribunales de Familia, autorizando expresamente la cautela innovativa, regulando la nulidad procesal; prohibiendo su declaración oficiosa respecto de actos convalidados; el Código del Trabajo, cuyo procedimiento hoy consagra expresamente un recurso unificador de jurisprudencia, etc.

² La condición de estatuto común, que otorgo al procedimiento civil, se justifica recordando que el viejo Código de Procedimiento Penal declaraba en su art. 43, que en defecto de sus normas, regirían las del de Procedimiento Civil, criterio que el art. 52 del actual de Procesal Penal, reitera cabalmente. Se trata, además, de una mayoritaria concepción dogmática procesal, que preconiza la noción de la "unidad del Derecho Procesal", reconociendo, en el civil, el tronco común del que se desprenden ramas, que son los procedimientos especiales.

En síntesis, pues, en lugar de incorporar estos institutos, propiciados por la dogmática y el Derecho Comparado, a lo que podríamos llamar la legislación común -el Código de Procedimiento Civil- hemos efectuado un recorrido a la inversa, y los cambios han llegado en las leyes especiales. Lo anterior torna más compleja la tarea de legislar en nuevos procedimientos especiales, porque en lugar de efectuar remisión -como sería lo lógico- al Código común, en ocasiones, es preciso desarrollar la institución completamente, en la nueva ley que se propone.

Una buena técnica legislativa procesal, sigue consistiendo en no regular, sino lo que sea estrictamente necesario por las características peculiares del conflicto a revolver, descansándose, en general, en la legislación común, a fin de evitar que, al final, cada ley traiga incorporado su propio procedimiento o se incurra, por ejemplo, en el despropósito de señalar, en cada ley, como se ha de verificar una notificación personal. No es ocioso recordar acá, lo elocuente que resulta la denominación que en el Uruguay, se ha otorgado al equivalente a nuestro Código de Procedimiento Civil: como es sabido, tal Código se denomina "Código General del Proceso", nombre que testimonia, de modo elocuente, la aspiración de constituir la normativa común a todo proceso.

3. BREVE SÍNTESIS DEL RECURSO Y LA GARANTÍA DE UN DEBIDO PROCESO

La jurisprudencia y obra de la Corte Suprema entiende que el derecho a recurrir es inescindible de la noción de un debido proceso. Así, cuando el Acta Constitucional N° 3, antecedente de la Carta actual, tras establecer el novedoso instituto de la protección, cometiéndole a la propia Corte, la regulación del procedimiento, ésta, en el Auto Acordado que al efecto dictara, y que se publicó en el Diario Oficial de 2 de abril de 1977, no vaciló en auto atribuirse competencia de segunda instancia lo que, en mi opinión constituyó un desconocimiento del elemental principio constitucional y legal, en orden a que sólo toca al legislador asignar las competencias y establecer las normas de procedimiento³. Más tarde, la misma

³ El Auto Acordado referido fue reemplazado por otro, publicado en el D.O. de 27 de junio de 1992 cuya constitucionalidad, así como la legalidad de varias de sus disposiciones han sido controvertidas por las más calificadas opiniones de la cátedra, la doctrina y el foro nacional.

Corte reafirmará -de hecho- su convicción, al declararse competente para conocer de las impugnaciones deducidas contra resoluciones dictadas por uno de sus ministros como Tribunal de excepción.

En afán conclusivo y parcial, una lectura de la Constitución, desde la perspectiva de las garantías individuales y los derechos esenciales de las personas, torna posible concluir que el derecho a impugnar las resoluciones judiciales reconoce allí, necesaria acogida. Por decirlo de otra forma, en la actualidad, prosperará siempre una pretensión de inconstitucionalidad, en contra de una ley que previese un juzgamiento no recurrible.

4. EL FUNDAMENTO SUPRANACIONAL

La conclusión anterior debe revisarse teniendo en cuenta que, conforme al actual texto del inciso segundo del art. 5° de la Constitución, suscritos y ratificados por Chile, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, conforman, ambos, derecho interno chileno, cuya verdadera jerarquía no termina de determinarse pero que, a lo menos, resulta similar a la de la norma constitucional.

Como sea, los Tribunales nacionales han de acatar el mandato contenido en el art. 14 N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conforme al cual “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, precepto que el Pacto de San José de Costa Rica reitera en términos aparentemente más amplios, consagrando, a toda persona inculpada de delito, el derecho, durante el proceso, en plena igualdad, a la garantía mínima, consistente en el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (art. 8° N° 2 letra h).

En nuestro país se ha estimado que el mandato obliga incluso ante otras resoluciones y, así, se ha concedido apelación contra la resolución que dictada en proceso por la Ley de Control de Armas, negó lugar a la libertad provisional, inapelable, según la misma ley. En armonía con estos tópicos, vale bien recordar que el Proyecto de Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, prescindiendo enteramente de la apelación, optó por la casación, teniendo en cuenta según se lee en la Exposición de Motivos, entre otras consideraciones, “la exigencia de un recurso ante un tribunal superior, que contiene el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8° N° 2) hoy

derecho interno para muchos países americanos⁴, criterio -me parece hoy- equivocadamente seguido por nuestro Código Procesal Penal.

El tema está definitivamente resuelto por la opinión consultiva OC-11/90. del 10 de agosto de 1990, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se señala:

“24. Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre acusación[es] penal[es] y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aun cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías [...] por un juez o tribunal en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas garantías mínimas. El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal.

28. En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal”.

Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso.

En consecuencia, la lectura armónica de la decisión de la Corte, revela que aun cuando tratándose de materias de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el art. 8 del Pacto no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales; sin embargo, en ese tipo de materias, el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal, cuyas garantías mínimas están establecidas en el art. 8.2 y entre las cuales figura el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (letra h).

⁴ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989), 29.

5. EL RECURSO Y EL DEBIDO PROCESO EN LAS NORMAS CONSTITUCIONALES CHILENAS

La Carta Política asegura, en el art. 19 N° 3, que “[...] toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos [...]”, lo que, de acuerdo con una incuestionada interpretación, constituye, entre nosotros, el establecimiento del derecho a un debido proceso, modalidad constitucional que, impuesta por el más tradicional constitucionalismo anglosajón, se reproduce hoy, en las Constituciones contemporáneas.

El Tribunal Constitucional ha reconocido esta situación que señalo, avocándose, pedagógicamente, a la determinación de los principales elementos que componen un proceso debido. Especialmente elocuente es, al efecto, el fallo en el que el Tribunal afirma que:

“Que el constituyente, como se expresó, se abstuvo de enunciar las garantías del procedimiento racional y justo, ordenando al legislador precisarlas en cada caso.

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (sesiones 101 y 103) discutió extensamente esta materia, prefiriendo no enumerar los requisitos del debido proceso, sino atribuir a la ley el deber de establecer las garantías de un racional y justo procedimiento, dejándose constancia que tales atributos se concretan, entre otros elementos, en principios como el de la igualdad de las partes y el emplazamiento, materializados en el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de la prueba, cuando ella procede.

En el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional (sentencias Roles números 376, 389, 481, entre otras) y la Corte Suprema, estableciendo ésta (C.S., 5 diciembre 2001, R.G.J., 258) que “conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores [...]” (lo subrayado es propio)⁵.

⁵ Cfr. STC Rol N° 478-06-INA (08.08.2006), “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación al proceso sobre desafuero en los autos seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2.257-2006”.

En idéntica línea -la necesidad de conformar el concepto de debido proceso, para asegurarlo como garantía- la Corte Suprema, de antiguo, viene reiterando:

“[...] Que es un derecho garantizado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental en el inciso quinto del numeral 3 de su artículo 19, confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo”⁶.

6. LA CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

De acuerdo con lo prescrito en el inciso 2 del art. 5° de la Carta Política:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Por su parte, el art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo el título de “Garantías Judiciales”, dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Adicionalmente, el art. 25 de la misma Convención, con el rótulo de “Protección Judicial”, afirma:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁶ Cfr. SCS Rol N° 1228-2008 (28.04.2006), “Andrea Arévalo Podomoro con Alpine Air Chile S.A.”.

Condenando al Estado de Chile⁷, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“128. El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

129. La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión.

130. La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte. Los Estados Parte en la Convención tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de dicho recurso efectivo.

131. Para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad en los términos de aquel precepto. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. Esta Corte ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación, y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente”.

Por decirlo, ahora, en función de nuestro marco legal-procesal: un recurso que impida controlar la vulneración por las sentencias jurisdiccionales, de una garantía básica de los justiciables, resulta atentatorio al ordenamiento constitucional que representa la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada como tal, a través de lo dispuesto en el inciso 2º del art. 5º de la Carta.

A la interrogante en torno a la inconstitucionalidad de un precepto legal que vedara el acceso a un recurso ante el tribunal superior coincido con lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en orden a que:

[...] la autonomía del legislador para establecer libremente la configuración de los principios informadores tiene como límite natural a las disposicio-

⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (19.11.2006), “Claude Reyes y otros vs. Chile”.

nes constitucionales que consagran en nuestro sistema el debido proceso, específicamente el artículo 19, número 3º, en cuanto expresa que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo [...]”⁸.

7. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS

Es práctica habitual, el que la procedencia de los recursos se determine en función de la naturaleza de la resolución impugnada, entendiéndose, sentencias definitivas, interlocutorias, autos y decretos. Sin embargo, una mirada atenta advierte que existen, a lo menos, tres criterios adicionales, que complementan el régimen de procedencia de esta vía impugnadora que es el recurso:

1) En ocasiones, se atiende al contenido mismo de la resolución: de este modo, es apelable la resolución que, fallando un incidente de abandono del procedimiento, pone término al juicio o hace imposible su continuación, esto es, la que lo acoge, pero no la que lo rechaza; la que dispone la suspensión del procedimiento por más de treinta días (art. 370 letra a) C. Procesal Penal.) etc.

Quizás el ejemplo más elocuente de determinación de la procedencia de un recurso, en función del contenido de la resolución que se ataca, lo sigue constituyendo el aún vigente art. 54 bis del Código de Procedimiento Penal, que dispone que son apelables -además de las sentencias definitivas de primera instancia y las interlocutorias del mismo grado que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación- “en general, las que causen gravamen irreparable [...]”.

Habría que convenir en que resulta difícil encontrar un modo más gráfico de determinar la procedencia del recurso en función del contenido de la resolución y no de su naturaleza jurídica.

2) En otras ocasiones, se toma en consideración el tribunal que la pronunció. Así, son inapelables las resoluciones del tribunal de juicio oral; es recurrible de casación en el fondo, la sentencia inapelable dictada por una Corte de Apelaciones; para quien encasille a la revisión entre los re-

⁸ Cfr.: STC Rol N° 811-07-INA (31.01.2008), “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto al artículo 107 de la Ley General de Bancos”.

cursos, ésta sólo procede contra sentencias firmes dictadas por la Corte Suprema (art. 810 CPC).

3) Por último, se exige una suerte de agotamiento de recursos previos, que, en materia de casación, llamamos preparación y que en esa singular modalidad criolla que es el “recurso de queja”, se traduce en que la sentencia que se ataca no admita ya impugnación por otra vía (art. 545 COT).

8. DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

El 26 de enero de 2010 se publicó la Ley N° 20.417 que rediseñó la institucionalidad ambiental chilena y que, en términos simples, reestructuró este sector, creando el Ministerio del Medio Ambiente (a cargo de la definición de las políticas y las regulaciones), el Servicio de Evaluación Ambiental (responsable de la evaluación de proyectos), y la Superintendencia del Medio Ambiente (competente en materia de fiscalización y sanciones).

Al momento de ingresar a tramitación el Proyecto de Ley, era la justicia ordinaria la llamada a conocer de los procedimientos en materia medioambiental, lo que acarrea -y a la fecha todavía acarrea- diversas complicaciones: falta de especialización de los jueces junto con un inadecuado sistema de asistencia técnica al juez; falta de tiempo para conocer y resolver adecuadamente las causas; uso del recurso de protección como inadecuado sucedáneo de procedimientos contencioso administrativos, convirtiéndose, en los hechos, en vía ordinaria de control de legalidad de la actuación administrativa sin un diseño adecuado para tal función; procedimientos altamente formalizados de preponderante escrituración, que anquilosaban la marcha de las cuestiones suscitadas; empleo de juicios ordinarios para perseguir la llamada nulidad de derecho público, etc.

Durante el segundo trámite legislativo del Proyecto de Ley que creó el Ministerio del Medio Ambiente, se planteó por algunos sectores -como condición para sacar adelante la Ley N° 20.417- la necesidad de crear un tribunal especial, con las finalidades de separar las actividades de fiscalización y de imposición definitiva de sanciones; de especializar la justicia ambiental; y, de algún modo, de mejorar el acceso a la justicia ambiental desde la óptica de quiénes se encuentran legitimados para provocar su actividad.

Aunque en un inicio se proyectó un Tribunal Ambiental único, finalmente, se crearon tres tribunales, con asiento en las ciudades de Antofagasta, Santiago y Valdivia, con competencia sobre múltiples regiones. Se conceptualizan como órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la super-

intendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento.

Así, la Ley N° 20.600 estableció que el Segundo Tribunal Ambiental entraría en funcionamiento dentro del plazo de seis meses contado desde su publicación, y, por su parte, la instalación del Primer Tribunal Ambiental y del Tercer Tribunal Ambiental se efectuaría en el plazo de doce meses contado desde la misma fecha.

De la lectura de la Ley resulta que la competencia de los Tribunales Ambientales comprende las siguientes materias:

1. Conocer de reclamaciones
2. Conocer de demandas de reparación por daño ambiental
3. Conocer de consultas de determinadas resoluciones.
4. Pronunciarse sobre medidas provisionales propuestas por la Superintendencia del Medio Ambiente.

Técnicamente, no resulta posible, en principio, precisar los rasgos distintivos de lo que se denominan “reclamaciones”, aunque parece evidente que se trata de una vía de impugnación de actos de la autoridad administrativa, por lo que, en este afán, conviene detenerse, precisamente, en el acto materia de la impugnación.

El art. 3° de la Ley N° 19.880, con el epígrafe de “Concepto de acto administrativo”, declara que las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo, continúa la norma, las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

9. EL RÉGIMEN RECURSIVO DE LA LEY N° 20.600

Es de todos conocida la relevancia que en un sistema de justicia corresponde conferir al régimen de impugnación de resoluciones. Lo anterior, empero, no mengua la complejidad de la tarea encaminada a regular, adecuadamente, tal régimen. Es que pareciera que, a estas alturas, el eterno debate que agita la normativa jurisdiccional y que enfrenta a los valores de justicia cierta y justicia efectiva o rápida, adquiere toda su importancia.

Así, ante la necesidad y aspiración de lograr una respuesta jurisdiccional cabal, adecuada y completa, se levanta el deseo, no menos apremiante, de obtener justicia pronta.

La Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, cuyo proyecto originario discurría sobre la base de una “reclamación”⁹, terminó cobijando un recurso de apelación y casación en la forma y en el fondo, pero, singularmente, pareciera no hacer mención alguna a la resolución que se pronuncia sobre la consulta: en efecto, el art. 26 (25 en el proyecto) expresa que:

[...] En estos procedimientos sólo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. De este recurso conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada.

En contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos relativos a las materias que son de la competencia de los Tribunales Ambientales, establecidas en los numerales 1), 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9) y 10) del artículo 17, procederá sólo el recurso de casación en el fondo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil¹⁰.

Además, en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos señalados en el inciso anterior, procederá el recurso de casación en la forma, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, sólo por las causales de los números 1, 4, 6 y 7 de dicho artículo.

Asimismo, procederá este recurso cuando en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley; o cuando la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”.

Concretamente y, en lo que interesa, recuerdo ahora, que es apelable la resolución que “pone término al proceso”, sea que se trate de una interlo-

⁹ Se puede ver en la Historia de la Ley (Boletín 6747-12, páginas 545 y ss.) mi oposición en las Comisiones de Constitución y Medio Ambiente del Senado, a la entronización en un nuevo procedimiento nacional, de la “reclamación” como vía impugnadora en razón de las dificultades que ofrece determinar su naturaleza y, por ende, las atribuciones que su tramitación ofrece a litigantes y jueces.

¹⁰ En la enumeración que indica cuáles resoluciones son impugnables por casación, no aparece el caso del N° 4 del art. 17, que se refiere a resoluciones que el Tribunal Ambiental emita conociendo de una consulta.

curatoria, sea que se trata de otra resolución, lo que recuerda el caso citado del art. 54 bis del Código de Procedimiento Penal, que hace apelable las resoluciones que causen un gravamen irreparable.

Enfocadas así las cosas, la única pregunta que resta por responder es aquella que interroga en torno a si la resolución que resuelve la consulta pone -o no- fin al proceso y la respuesta debe buscarse invirtiendo los términos del asunto. La interrogante será entonces ¿está concluido el proceso jurisdiccional a que da origen el trámite de la consulta, sin que en ella se pronuncie resolución? Ciertamente que debe contestarse negativamente: sólo mediando una resolución que apruebe o rechace lo consultado, habrá concluido el proceso respectivo, con lo que queda demostrado que la resolución que se emite, pronunciándose sobre lo consultado, es la que pone fin a dicho proceso y, en tal virtud, precisamente, por poner fin al proceso, es que ella resulta apelable.

10. ¿QUÉ ES LA “CONSULTA”?

La Excm. Corte ha declarado que:

[...] la consulta no es un recurso sino un trámite procesal en virtud del cual determinadas resoluciones judiciales de primera instancia deben ser revisadas por el tribunal de alzada, cuando no lo han sido por la vía de la apelación, a fin de que este tribunal, ejerciendo las facultades de tutela que le corresponden en relación a los intereses públicos o fiscales que se encuentran comprometidos en el pleito, revise la legalidad del fallo que es materia de la consulta [...]”¹¹.

En años recientes, la Corte ha reiterado la idea en el sentido de que se trata de un “trámite procesal”, afirmando que “[...] lo que se persigue con el trámite procesal de la consulta es que determinadas resoluciones judiciales de primera instancia sean revisadas por el tribunal superior cuando no lo han sido por la vía de la apelación, a fin de que este tribunal, en ejercicio de las facultades de tutela que le corresponden en relación a los intereses públicos o fiscales que se encuentran comprometidos en el pleito, revise la legalidad del fallo [...]”¹².

¹¹ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena. Código de Procedimiento Civil, Tomo III (Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2010) 319-320.

¹² SCS N° 6562-2006 (14.10.2008), “Calzados Hermosilla Verónica Isabel con Fisco de Chile”.

Adicionalmente ha dicho:

“Que de lo antes expuesto se sigue que, en los casos en que la ley la contempla, la consulta es un trámite obligatorio cuando no ha existido una revisión cierta de la sentencia por parte del tribunal de segunda instancia, ya sea porque no se han ejercido en su contra medios de reclamación, o bien, porque éstos han sido abandonados”¹³.

Como sea, no es discutible que en tanto no se pronuncia la resolución que recae en la consulta, existe un proceso contencioso administrativo inconcluso, si así fuera, pareciera posible sostener que la decisión del Tribunal Ambiental en la materia sería apelable, por aplicación de la regla contenida en el primer inciso del art. 26 de la Ley.

11. LA CASACIÓN EN LA LEY N° 20.600

Queda así, en evidencia, que sólo el inciso 1° del art. 26 se refiere al recurso de apelación, pero es igualmente patente, que el criterio de procedencia que él emplea, esto es, la posibilidad de que una resolución dictada por el Tribunal Ambiental sea o no, apelable, depende, antes que de la naturaleza jurídica de la resolución -cuestión que resulta indiferente- del contenido regulador de la misma resolución. La ley consagra un muy reducido régimen de apelación, autorizando, meramente, la procedencia de este recurso solamente, respecto de i) las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, ii) las que reciban la causa a prueba y iii) las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. (art. 26 inc.1° de la Ley).

En consecuencia, el régimen recursivo general es el que se verifica a través de la casación, recurso, empero, extraordinario, esto es, de procedencia siempre limitada a la impugnación de algunas resoluciones y, en especial, en nuestro derecho -como la Corte Suprema ha indicado- de “derecho estricto”. Pero los términos mismos de la regulación que introduce la Ley N° 20.600 son singulares: desde luego, hasta por un tema de sistematicidad lógica, el primero de estos medios que debería regularse, es el de la casación en la forma, toda vez que, acogido, él excusa que se emita pronunciamiento sobre el fondo. A la inversa, la casación en el fondo supone la inconcurrencia de todo vicio de aquellos que dan origen a la casación en la forma.

¹³ Ídem.

Pues bien, sorprendentemente, esta Ley trata, en primer término, de la casación en el fondo y, solamente más tarde, se avoca a la casación en la forma.

En relación con el primero, establece -en general- que, en contra de la sentencia definitiva pronunciada por los Tribunales Ambientales, procederá la casación en el fondo y no tiene más normas que la que, contra todo pronóstico, autoriza la prueba documental. “Ante la Corte -señala el inciso final del art. 26- sólo podrá rendirse prueba documental salvo que ella, de oficio, disponga la práctica de otras pruebas [...]”.

En lo que se refiere a la casación en la forma, en cambio, la situación es diferente: desde luego, se declara que el recurso procederá, solamente por las causales previstas en los numerales, 1 -incompetencia-; 4 -ultra petita-; 6 -cosa juzgada -; y, 7-decisiones contradictorias- del art. 768 del CPC pero, inmediatamente, se añade como motivo de procedencia el que “en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el artículo 25 de esta ley”¹⁴, -diríamos, entonces, la causal del N° 5 del referido art. 768- lo que importa otorgar esta posibilidad de impugnación si el fallo carece de todos los requisitos que la ley, a la usanza del art. 170 del mismo Código, establece.

Finalmente, se permite también la interposición de esta casación cuando “[...] la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica [...]”.

La sorprendente disposición no es original: también la recoge el art. 478 del Código del Trabajo declarando ser procedente el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva “[...] Cuando haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica [...]” (letra b).

¹⁴ Art. 25: Contenido de las sentencias. La sentencia de los Tribunales Ambientales se dictará con arreglo a lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo, además, en su caso, enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia.

12. CAUSALES DE PROCEDENCIA DE LA CASACIÓN EN LA FORMA

De lo que se ha expuesto, resulta que en contra de las sentencias definitivas que pronuncie el Tribunal Ambiental, procede el recurso de casación en la forma, por los siguientes motivos:

1. Incompetencia, ultra petita, cosa juzgada y decisiones contradictorias (N° 1, 4, 6 y 7 del art. 768 del CPC)¹⁵;
2. El que en la sentencia definitiva se hubiere omitido alguno de los requisitos establecidos en el art. 25 de esta ley y;
3. El que la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

12.1. La casación en la forma y la incompetencia

El art. 5° de la Ley N° 20.600 con un curioso epígrafe en el que incluye la palabra “Jurisdicción” establece lo que denomina “competencia territorial” de los tres tribunales ambientales, determinando las sedes de cada uno de ellos y las regiones del país sobre las cuales se ejercerá la jurisdicción ambiental.

La exigencia de respeto a la competencia territorial o relativa, en la terminología de nuestro derecho judicial, viene consagrada en el ar. 7° del COT, pero la Ley N° 20.600 se ocupa, pormenorizadamente, de determinar cuál de los Tribunales Ambientales será competente para conocer de las materias señaladas en el art. 17, tomando en consideración, no solamente el lugar en que el hecho ocurrió o el acto se verificó, sino aquel en el cual se producen los efectos del mismo, cuestión relevante si se considera que básicamente se analizarán actos administrativos que, dictados en un lugar, se cumplen en otro.

Al efecto, empero, un principio: impone la ley acatar la regla general de competencia de la prevención, contemplada en el art. 112 del COT, cuando se trata de reclamaciones en contra de decretos supremos que establezcan normas primarias de calidad ambiental y normas de emisión,

¹⁵ Por su conocido desarrollo doctrinal y jurisprudencial, ni la cosa juzgada ni las decisiones contradictorias generan dudas.

puesto que de éstas conocerá el tribunal que en primer lugar se avoque a su consideración, excluyendo la competencia de los demás.

En general se declara competente al Tribunal Ambiental que tenga jurisdicción sobre la zona del territorio nacional en que sea aplicable el respectivo decreto o, según el caso, aquel en cuyo territorio se haya originado la infracción o el hecho que causa el daño; al del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental; al de cualquier lugar en que el daño se haya producido, a elección del afectado o al del lugar en que las medidas autorizadas por el tribunal ambiental vayan a ser ejecutadas. Excepcionalmente, al del territorio en que tenga su domicilio el órgano de la Administración del Estado que hubiere resuelto el procedimiento administrativo de invalidación.

Lo anterior y, establecido que la causal es meramente “la incompetencia” del tribunal, ella no excluye la posibilidad que se funde la casación en la forma, en una incompetencia absoluta del tribunal, circunstancia que concurriría si este incursionare en materia o que son de conocimiento de otros Tribunales o lo son, privativamente, de la autoridad administrativa.

Esta situación, empero, genera la dificultad de precisar el vicio mismo que se atribuye al fallo, porque al extenderse la sentencia con la decisión a materias propias de otra autoridad o tribunal, el comportamiento linda con la causal de ultra petita, en su vertiente de extensión a puntos no sometidos a la decisión del órgano.

12.2. La casación en la forma y la fundamentación de la sentencia

Dispone el art. 25 que: “La sentencia de los Tribunales Ambientales se dictará con arreglo a lo establecido en el art. 170 del Código de Procedimiento Civil, debiendo, además, en su caso, enunciar los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia”.

La cuestión es, incuestionablemente, relevante porque el tema de las motivaciones de un fallo -las “consideraciones de hecho y de derecho”- al decir de nuestra ley procesal civil, los razonamientos del juez para arribar a su decisión, diríamos, constituyen el corazón de una sentencia y determinan su alcance, condicionan la decisión final y permiten explicar al justiciable perdedor, las razones que tuvo en cuenta el tribunal para condenarlo, al paso que le permiten impugnar lo resuelto, contradiciendo las razones que se esgrimieron en su contra.

El que las sentencias, dictadas por un tribunal de derecho o por uno que resuelve en equidad y prudencia sean motivadas, constituye, por definición, el extremo opuesto al de la arbitrariedad, del capricho y del desorden: toda sentencia, en cuanto expresa una voluntad -que es la voluntad del Ordenamiento jurídico (constitucional, legal, etc.)-, se desarrolla siguiendo un *iter* razonable, coherente y comprensible, ordenado y lógico¹⁶. Se altera dicho *iter*, cuando los motivos no existen, cuando ellos son discrepantes entre sí y, por último, cuando la conclusión a la que se arriba, no es la que fluye del proceso razonador que le antecede.

“Como se ha dicho reiteradamente por este tribunal, -tales consideraciones- tienden a asegurar la justicia y la legalidad de los fallos y a proporcionar a los litigantes los antecedentes que les permitan conocer los motivos que determinaron la decisión del litigio para la interposición de los recursos por medio de los cuales fuere posible la modificación o invalidación del fallo”¹⁷.

La motivación de los fallos es una conquista política de los ciudadanos que integra el estatuto que denominamos “Estado de Derecho”¹⁸, en cuanto impone que el Estado -en su vertiente *jurisdicente*- se vea obligado a consignar las razones por las cuales resuelve una controversia en favor de uno y no del otro de los justiciables y, en opinión de COUTURE¹⁹, se trata de un deber que la ley impone a los jueces como modo de fiscalizar su actividad intelectual, para comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria. Una sentencia sin motivación priva a las partes del más elemental de sus poderes de fiscalización sobre los procesos reflexivos del magistrado.

¹⁶ Véase, de CALAMANDREI, P., “Génesis Lógica de la sentencia civil”, en *Estudios sobre el Proceso Civil* (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1961).

¹⁷ SCS Rol N° 4856-2003 (17.08.2005), “Castillo Regla Arnaldo con Serviu”.

¹⁸ Sobre el tema, entre nosotros, véase de la destacada jurista nacional ACCATINO SCAGLIOTTI, D. “La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, *Revista de Derecho* [U. Austral de Chile], vol. XV (2003): 9-35. La nómina de artículos extranjeros es inagotable. Cito a MANUEL ORTELLS, con su ya clásico “El origen histórico de motivar las sentencias”, *Rev. D. Procesal ib-filip* (1977), 904 y ss; MICHELLE TARUFFO, “L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”, *Riv.dir.proc.* (1974): 279 y ss.; ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *A Motivação Da sentença no Processo Civil* (Sao Paulo: Editorial Saraiva, 1987).

¹⁹ Cfr. Couture, E., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Ed. (Buenos Aires: Editorial De Palma, 1958), 286.

Los Tribunales Ambientales han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de fundar sus sentencias: así resulta, además, del deber que se les impone de acatar lo dispuesto en el art.170 del CPC, esto es, entre otros aspectos, de incluir razonamientos coherentes y armónicos entre sí, sabedores que si las razones que se invocan son antagónicas, esto es, si son incompatibles, el resultado jurídico-práctico será el que se estimara que la sentencia carece de consideraciones por haberse éstas anulado entre sí, lo que autorizará la procedencia de la casación en la forma por infracción a lo señalado en el art.25 de la Ley, que remite al mencionado art. 170.

Adicionalmente, sin embargo, se impone a estos fallos enunciar “[...] los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia”, aspecto que, por ahora, constituye un tema respecto del cual pareciera no haberse debatido suficientemente. Contra todo pronóstico, el reproche no consiste en que las sentencias ambientales aparezcan desprovistas de fundamentos “técnico-ambientales”, sino el comentario apunta, precisamente, en sentido contrario: en el afán de difundir, no solamente la legislación ambiental sino los principios teóricos y científicos en que este Derecho se funda, la tónica actual, es que las sentencias de los Tribunales Ambientales son de una extensión desusada²⁰, lo que expone a errores y, en ocasiones, a contradicciones.

12.3. La casación en la forma y la prueba

El art. 25 de la ley, se remite al 170 del CPC, en lo que a los requisitos de la sentencia se refiere, lo que importa que, en torno a la prueba, se consagra la exigencia al fallo, de contener las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento (art 170 N° 4). La Corte Suprema ha resuelto que, para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el constituyente y el legislador:

“[...] los jueces han debido agotar el examen de las argumentaciones que sustentan las alegaciones y defensas de las partes, analizándolas también conforme a las probanzas que a ellas se refieren. Cabe, en este mismo sentido, recordar que “considerar” implica la idea de reflexionar detenidamente sobre algo

²⁰ Parece útil recordar que el 2 de febrero de 1837 se dictó por don José Joaquín Prieto con Portales como su Ministro, el Decreto lei que ordena que se funden las sentencias de los jueces disponiendo: “**Toda sentencia se fundará breve i sencillamente.** El fundamento se reducirá solo a establecer la cuestión de derecho o hecho sobre que recae la sentencia, i a hacer referencia de las leyes que le sean aplicables, sin comentarios, ni otras explicaciones”.

determinado, es decir, concreto. Así, del contexto de justificación que antecede queda demostrada la falta a las disposiciones y principios referidos en que incurrieron los magistrados del grado, lo que constituye el vicio de casación en la forma previsto en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el numeral 4° del artículo 170 del mismo texto legal, por la falta de consideraciones de hecho que le sirven de fundamento al fallo [...]”²¹.

Por decirlo de otro modo, si el fallo del Tribunal Ambiental no contiene los requisitos del art. 170 mencionado, lo que incluye analizar la prueba es casable por vía de la casación en la forma. Esta constituye una norma sorprendente, porque nadie ignora que el procedimiento ante el tribunal ambiental constituye un juicio o reclamación regido por una ley especial, y el art. 768 inciso antepenúltimo del Código de Procedimiento Civil, dispone que en estos juicios, la casación en la forma por infracción al art. 170, solo procederá si lo que se ha omitido es la decisión del asunto controvertido.

Esto importa que para impugnar una sentencia de un Tribunal Ambiental se puede fundar una casación en la forma en una causal que el Código de Procedimiento Civil no autoriza cuando la sentencia -como ocurre en este caso- se ha dictado en un juicio regido por una ley especial, lo que le confiere a la norma una excepcionalidad destacable.

La situación, a pesar de parecer que hay normas contradictorias es, sin embargo, muy simple:

- a. Una cosa es no ponderar una prueba (p.ej. no hacer referencia alguna a un documento acompañado a la causa).
- b. Otra diversa, es ponderar la prueba, pero hacerlo con infracción manifiesta las reglas de valoración de la sana crítica.

Si bien se repara, los que se infringen son estatutos jurídicos diversos: no analizar la prueba importa vulnerar el art. 170 N° 4 del CPC. Hacerlo con error manifiesto de las reglas valorativa de la sana crítica conlleva infringir lo establecido en el art. 35²², que aunque está incluido en el capítulo de procedimiento por daño ambiental constituye la norma de aplicación general.

²¹ SCS Rol N° 6315-2018 (30.04.2020), “I. Municipalidad de Lo Barnechea con Forestal Los Alerces Limitada”.

²² Art. 35: “De la prueba. El Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas

De este modo, se concluye, fácilmente, que por vía de casación en la forma en este juicio, no solo resulta posible censurar al tribunal, una “manifiesta” deficiente ponderación de la prueba, sino además por omitir llevar a cabo esa ponderación, lo que sin dudas constituye una conducta judicial diferente. A la luz de los términos legales, aparece como inevitable destacar que la equivocación ponderadora debe ser notoria, llamativa, lo que, a la inversa, conduce a estimar que una equivocación de poca trascendencia o una que requiere de un profundo análisis para quedar en evidencia, no autoriza a que la casación se acoja.

Al margen de la impericia notoria de la ley, consistente en entregar este debate a la casación en la forma, la redacción tiene explicación: ella esconde un tributo al principio de la deferencia. No basta -reitero- que el tribunal haya mal ponderado la prueba. El error debe ser manifiesto; notorio, evidente, porque si, como adelanté, es un error al que se llega tras sesudos análisis y estudios o profundas interpretaciones, la casación deberá rechazarse, desde que el afán del legislador es otorgar prioridad a lo que haya resuelto el tribunal especializado. Es lo patente, lo llamativo, lo manifiesto del error, lo que autoriza a que la decisión se anule.

Se advierte aquí la insuficiencia dogmática del legislador: si estamos en presencia de recursos de casación, parece evidente que el tema es de derecho y no hecho, desde que, conforme a conocidas y reiteradas redacciones clásicas de nuestro Tribunal Supremo, “los jueces del fondo son soberanos en el establecimiento de los hechos [...]”, pero acontece que el tema de la prueba nos conduce, directamente, al del establecimiento de tales hechos.

La poco feliz redacción de ambas normas, genera una enorme confusión, desde que, de lo categórico de sus términos, queda en evidencia que lo que se censura no es la falta o ausencia de actividad ponderadora de la prueba sino, en cambio, el mérito o la bondad de la lectura que, de los medios de prueba, debió efectuar el tribunal, sujetándose a los términos de la sana crítica, examen de hechos que, conforme a una ya viejísima tradición forense nacional, solo resulta admisible, cuando el sentenciador ha vulnerado las leyes reguladoras de la prueba.

Antiguas como reiteradas sentencias de la Corte Suprema, han dejado fehacientemente establecido que estas leyes son “normas fundamentales impuestas por la ley a los falladores en forma ineludible, y que importan

o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

limitaciones concretas de su facultad de apreciación, dirigidas a asegurar una decisión correcta en el juzgamiento”²³.

Esos mismos repetidos fallos, han declarado, una y otra vez, que “[...] cabe entender vulneradas las normas reguladoras de la prueba, principalmente cuando los sentenciadores invierten el *onus probandi*, o carga de la prueba, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley les asigna un determinado de carácter obligatorio o alteran la precedencia que la ley les diere”²⁴, por lo que a estas alturas, parece necesario sentar algunas ideas en torno a la sana crítica, atendida la referencia permanente que a esta modalidad se efectúa en los recursos en estudio.

12.3.1. Sistema de la sana crítica

Como un régimen intermedio, entre lo que parecen ser manifiestamente extremos -a saber, la completa eliminación de la actividad valorativa del juzgador sustituida por la estimación anticipada del legislador, en el régimen de prueba legal o tarifada, por una parte y la posibilidad libérrima concedida al juez para asignar eficacia o valor probatorio a la rendida en los autos, del sistema de prueba libre- se ubica el sistema de la sana crítica, no obstante que, según escribe Serra Domínguez²⁵, ocasionalmente la jurisprudencia española ha equiparado esta forma ponderadora con la de libre valoración.

La sana crítica, ha sostenido, entre nosotros, una muy antigua jurisprudencia nacional, que es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio. De acuerdo con su acepción gramatical, puede decirse que es el analizar sinceramente y sin malicia, las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto.

²³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo. 98, secc. 1ª, 4. 01.2001 “Soc. Dr. Manuel Díaz y Cía. Ltda. con SII”

²⁴ SCS Rol N° 1871-2019 (21.03.2019), “Torres Unidas Chile SpA con Ilustre Municipalidad de Puente Alto”.

²⁵ Cfr. Serra Domínguez M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 2 (arts. 1214 a 1263 Código Civil) (Madrid: Edita Edersa, 1991), 26 y ss.

12.3.2. Orígenes²⁶

El sistema de “sana crítica” tiene un incuestionable origen español, a despecho de que haya sido en América Latina, donde, merced a su progresiva incorporación en la generalidad de los Códigos, recibió definitiva consagración.

Ha podido establecerse que la expresión se emplea, por vez primera, en los arts. 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real de España de 1846, que declaran inhábiles como testigos, a los parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado y a los de afinidad, agregando que:

“[...] debiendo ser los demás, examinados como testigos, sin perjuicio de que las partes pudieran proponer acerca de ellas y el Consejo calificar, según las reglas de la sana crítica, las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones [...]”.

En el art. 82 del Decreto español de 20 de junio de 1852, sobre Jurisdicción de Hacienda, para acreditar los hechos se remitía a “las reglas ordinarias de la crítica racional en los indicios y datos probatorios obrantes en autos”.

Por su parte, el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 declaraba que “los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos [...]”

12.3.3. ¿Qué es apreciar la prueba en sana crítica?

No obstante su generalización y amplio uso y mención, lo cierto es que nadie ha podido establecer cuántas ni cuáles son las reglas de la sana crítica, ni mucho menos, si alguien y, en tal caso, quién, las ha dictado. De allí que Sentís Melendo²⁷ se pregunte sugestivamente ¿qué será la sana crítica, además de una expresión idiomática? En mi concepto, es Couture quien entrega la mejor -y más difundida y aceptada- respuesta a la paradójal interrogante: tras encasillar a la sana crítica como un estándar jurídico -línea de conducta general, susceptible de abarcar numerosas situaciones, representativa de cierta medida de comportamiento social- enseña que las

²⁶ Cfr. Cabañas G, J., *La Valoración de las Pruebas y su Control en el Proceso Civil* (Madrid: Editorial Trivium S.A., 1992), 134.

²⁷ Cfr: Sentís Melendo, S., *La Prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio* (EJEA, Buenos Aires: 1979), 266.

reglas de la sana crítica son: “reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia de tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”²⁸, fórmula que él y a partir de él, tantos hemos resumido en la síntesis: **Sana crítica = Lógica + Máximas de experiencia**

Apretadamente, dirá Couture que, en la sentencia, la lógica, los principios lógicos, no pueden estar ausentes, mas no constituyendo el sentenciar una mera operación lógica (sentencia-recuerdo yo, adhiriendo- deriva de senti-miento; de sentir), no representando esa actividad, el construir una mera cadena de silogismos, sino una labor humana, tampoco podrá prescindirse de las reglas de la experiencia e ilustrará con ejemplos adecuados, los desatinos a que puede llegarse a fuerza de pura lógica.

En su obra póstuma, manteniendo la base conceptual, escribirá que la sana crítica es “la calificación atribuida a las reglas que rigen los juicios de valor emitidos por el entendimiento humano, en procura de su verdad, por apoyarse en proposiciones lógicas, correctas y por fundarse en observaciones de experiencia, confirmadas por la realidad”²⁹.

En Chile, aunque la sana crítica, constituye un estándar que el Código de Procedimiento Civil reconoce, desde siempre, para la ponderación de la prueba pericial -la norma se remonta al Proyecto de don José Bernardo Lira, y fue reproducida, más tarde en el Proyecto de 1893, sin comentarios o referencias-, nuestro legislador recién se ha atrevido a emplear directamente el término “sana crítica”. En efecto, hasta muy poco atrás, soslayaba su empleo, optando por describir el contenido de la actividad antes que mencionarla por su nombre habitual. Así se explica que el art. 297 del Código Procesal Penal, en lugar de aludir, meramente a la sana crítica, disponga que los jueces apreciarán la prueba con libertad pero sin que puedan contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados³⁰, ejemplo puntillosamente

²⁸ Sentís Melendo, S., *La Prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio*, 270.

²⁹ Ídem.

³⁰ La razón de este modo de proceder consistió en que, en la segunda mitad de la década de los 90’, al rectarse el Código, se estimó que resultaba más conveniente describir el contenido de la sana crítica antes que emplear la sola denominación que, en esencia, constituye un verdadero estándar jurídico.

seguido por la Ley de los Tribunales de Familia³¹ y en las últimas décadas prácticamente por toda legislación procesal especial que se haya dictado.

El Código del Trabajo, en su momento, se atrevió a referirse directamente a la sana crítica, pero no llegó al grado de dejar de describir lo que ello importa y, entonces, el art. 456, afirma que:

“[...] el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

A fines de la primera mitad del siglo XX, concretamente, en el año 1946, la Corte Suprema³² incursionando en la posibilidad de controlar el empleo de la sana crítica por los jueces, resolvió que “las reglas de la sana crítica no están escritas en la ley y si bien el art. 426 del Código de Procedimiento Civil se refiere a ellas y su infracción puede producir casación, para ello sería necesario una infracción clara de las reglas de la lógica y del sentido común, que es adonde conduce la sana crítica [...]”, conclusión, que en consecuencia, hace depender la procedencia de la impugnación, a la flagrancia de la infracción judicial y, en especial, al atentado al sentido común, que la ponderación del juez importa.

Contestando a la interrogante, en torno al concepto mismo de la sana crítica, la Excma. Corte Suprema³³ ha declarado que la sana crítica es:

“[...] concepto que, tal como lo ha referido esta Corte (Rol N° 2.296-2008, entre otros), está compuesto de dos elementos: la lógica, conformada por reglas universales establecidas y permanentes en el tiempo propias de la razón humana y que conducen a una conclusión o, en lo fundamental, a la emisión de un juicio, cuyos principios son, los siguientes: de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón

³¹ El art. 32 de esa Ley señala: “*Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*”.

³² Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1946, Tomo XLIII, 377. Soc. Exploradora de Chiloé con Sociedad Industrial del Aysén (7.03.1946).

³³ Cfr. SCS Rol N° 42.970-2017 (06.09.2018), sin identificación de partes.

suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia), del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes), de a contrari (si no se dan los supuestos, no se puede dar la solución), y de ad absurdum (referido a que lo que es inaceptable, porque es un imposible jurídico y físico); y las máximas de experiencia o reglas de la vida a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre; debiendo entenderse por tal, según la doctrina, como el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio. A dichos elementos debe agregarse los conocimientos científicamente afianzados [...].”

En palabras diferentes, conforme al uso inveterado de la Suprema Corte y a su permanente jurisprudencia, para que ella pueda entrar a conocer de los hechos del pleito, será menester que el juzgador inferior haya cometido error de Derecho en relación con las normas reguladoras de la prueba, error que solamente puede consistir en algunas de las conductas indicadas en el párrafo que antecede. De este modo, la equivocación que se impugna y que ha de consistir en alguno de los errores de Derecho anunciados, solo podrá analizarse y resolverse en sede de casación en el fondo pero la Ley N° 20.600 determina una regla diferente.

Viene bien recordar que las causales de la casación en la forma nacional descansan en las que, para el “recurso de nulidad” contemplaba la Ley de 1837 otorgando este camino impugnador al litigante que “se sintiere agraviado por la sentencia definitiva que se hubiere pronunciado faltando a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios determinadas literalmente por la lei [...]”, las que entendían haberse faltado, entre otros casos “[...] si el juez hubiere conocido con manifiesta incompetencia; si hubiere fallado ultra petita; si, siendo Colejiado el tribunal que falló, hubiere concurrido al acuerdo de la sentencia algún juez que no asistió a la vista de la causa o hubiere concurrido menor número de jueces que el que la lei exige o no hubieren estado presentes en el acuerdo todos los que asistieron a la vista de la causa”.

Adicionalmente, como no existían los arts. 795 ni 800 del Código de Procedimiento Civil que, respectivamente, señalan cuáles son los trámites y diligencias esenciales en primera y en segunda instancia, -cuya omisión es motivo de anulación la vía casacional- la ley de 1837, los enumeraba exhaustivamente.

13. LA INTERPOSICIÓN CONJUNTA DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA Y EN EL FONDO: UN CRITERIO GENERAL.

Es útil citar el antecedente de la Ley de 1837, porque la expresión “falta a las formas esenciales de la ritualidad de los juicios” constituye una espléndida descripción de los motivos por los cuales puede prosperar una casación en la forma. La oración es cabalmente identificadora del sentido de esta casación.

Sentado lo anterior, que reitera que la casación en la forma es un camino para obtener la declaración de nulidad procesal, cabe reiterar la censura que merece estas normas positivas nacionales que confunden ámbitos que la doctrina tiene perfectamente acotados. En otros términos, se exige al intérprete -juez o abogado litigante- que con ocasión de la casación en la forma, se detenga en un análisis de fondo del estatuto jurídico probatorio.

La cuestión dista de ser baladí y, en este caso concreto se presenta en toda su dimensión excluyente.

En efecto, es un principio básico que regula la interposición de ambas casaciones, entre nosotros, que lo que, conforme a la ley, constituye motivo de procedencia de la casación en la forma no se puede proponer como motivo de casación en el fondo. Si, entonces, se reprocha al fallo haberse pronunciado por un tribunal incompetente, el recurso idóneo será la casación en la forma, sin que, por ejemplo, en este caso hipotético, se pueda elevar a la condición de error de derecho, de los que autorizan la procedencia de la casación en el fondo, la infracción al art. 108 del COT y la norma que otorga específica competencia al tribunal que pronunció la sentencia.

El Repertorio del Código de Procedimiento Civil en su 4ª edición actualizada³⁴, recoge un antiguo fallo de 8 de mayo de 1909, en el cual la Corte Suprema ya declaraba que “[...] desechada una causal de casación en la forma, es inaceptable la causal de casación en el fondo que se funda en la misma infracción [...]”, y cita cerca de 40 otras, que resuelven, ora que “son inaceptables como causales de casación en la forma las infracciones de diversas disposiciones legales que, en caso de existir, afectarían al fondo mismo de la cuestión”; ora que “es inaceptable la causal de casación en el fondo que solo importa un vicio de forma [...]”, para concluir transcribiendo

³⁴ Cfr.: Repertorio Código de Procedimiento Civil, Tomo IV (Santiago, Editorial Jurídica, 2010), 18-19.

biendo la sentencia suprema que sostiene que “[...] resulta inadmisibles que el recurrente invoque los mismos preceptos legales, tanto como base de una nulidad de forma como de fondo [...]”³⁵.

En reconocimiento a la larga tradición doctrinal, legal y jurisprudencia que acompaña a los recursos de casación en el fondo y en la forma resulta indispensable que estos excesos legislativos se corrijan: nadie desconoce la enorme autoridad del legislador, pero todos esperamos que en el desempeño de sus funciones acate, observe y respete el conocimiento elaborado por la Ciencia del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- Accatino Scagliotti, D. “La Fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, *Revista de Derecho* [U. Austral de Chile], vol. XV (2003).
- Cabañas G, J. *La Valoración de las Pruebas y su Control en el Proceso Civil*. Madrid: Editorial Trivium S.A., 1992.
- Calamandrei, P. “Génesis Lógica de la sentencia civil”, *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica, 1961.
- Couture. E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Ed. Buenos Aires: Editorial De Palma, 1958.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.
- Sentís Melendo, S. *La Prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1979.
- Serra Domínguez M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol.2 (arts. 1214 a 1263 Código Civil). Madrid: Edersa, 1991.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia “Claude Reyes y otros vs. Chile” (19.09.2006).

Excelentísimo Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 478-06-INA (08.08.2006), “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación al proceso sobre desafuero en los autos seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2.257-2006”.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 811-07-INA (31.01.2008), “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto al artículo 107 de la Ley General de Bancos”.

Excelentísima Corte Suprema

- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1228-2008 (28.04.2006), “Andrea Arévalo Podomoro con Alpine Air Chile S.A.”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6562-2006 (14.10.2008), “Calzados Hermosilla Verónica Isabel con Fisco de Chile”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4856-2003 (17.08.2005), “Castillo Regla Arnaldo con Serviu”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6315-2018 (30.04.2020), “I. Municipalidad de Lo Barnechea con Forestal Los Alerces Limitada”.
- Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 1871-2019 (21.03.2019), “Torres Unidas Chile SpA con Ilustre Municipalidad de Puente Alto”.
- Sentencia de la Corte Suprema “Soc. Dr. Manuel Díaz y Cía. Ltda. con SII”. (4.01.2001)
- Sentencia de la Corte Suprema (06.09.2018) Rol 42.970-2017 (juicio de familia sin identificación de partes)
- Sentencia de la Corte Suprema “Soc. Exploradora del Chiloé con Sociedad Industrial del Aysén (7.03.1946).

³⁵ Cfr.: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 91, sec. 1ª, 3. Sentencia de la Corte Suprema, 8 de abril 1994.

La consideración del cambio climático a la luz de un caso concreto

PILAR MORAGA SARIEGO¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El rol de la sana crítica en la consideración del cambio climático. 2.1. La consideración del cambio climático en el caso “Cerro Colorado”. 2.2. Las reglas de la sana crítica en materia ambiental. 3. La sana crítica y el principio precautorio frente al error de ultrapetita. 3.1. La aparente infracción a las reglas de la sana crítica. 3.2. El aparente vicio de ultrapetita. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia ambiental reciente ha incorporado el cambio climático como elemento a considerar en la interpretación del marco jurídico vigente. Dos son los elementos que permiten justificar esta evolución jurisprudencial, las reglas de apreciación de la prueba regulada en el artículo 35 de la Ley N° 20.600, por una parte, y el principio precautorio, por otra.

En esta perspectiva, el presente trabajo propone un análisis de un caso iniciado por una acción de reclamación contra la autoridad ambiental (SEA), por no haber considerado debidamente las observaciones de terceros (artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600), el que nos permitirá constatar, lo que podemos considerar como una “reciente tendencia jurisprudencial”. En particular nos referimos a una controversia motivada por el impacto de la actividad minera en las aguas subterráneas ubicadas en un territorio vulnerable frente a los impactos del cambio climático (Caso “Cerro Colorado”, Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental R-141-2017).

Así, dedicaremos la primera parte a analizar cómo las reglas de la sana crítica favorecen la consideración del cambio climático, y en la segunda, cómo éstas, a la luz del principio precautorio, permiten descartar los argu-

¹ Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Directora del Centro de Derecho Ambiental. Se agradece a los proyectos: ANID/FONDAP N°1511019 y N°1511009, FONDECYT N°1221378.

mentos que pretenden fundamentar un error de *ultra petita* en la sentencia definitiva pronunciada por el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

2. EL ROL DE LA SANA CRÍTICA EN LA CONSIDERACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO

Como se ha indicado anteriormente, la introducción del cambio climático en la resolución del caso analizado, se realiza en el marco de la libertad que entregó el legislador a los ministros de los Tribunales Ambientales en materia probatoria, lo cual queda de manifiesto en el caso que presentamos a continuación.

2.1. La consideración del cambio climático en el caso “Cerro Colorado”

a) Antecedentes del caso

El 17 de julio de 2013, la empresa “Cerro Colorado” presentó un estudio de impacto ambiental del proyecto denominado “Continuidad operacional de Cerro Colorado”, el cual declara como objetivo la extensión de la explotación del proyecto Minero Cerro Colorado hasta el año 2023.

Un tercero al “proyecto”, interpuso una reclamación en los términos del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 contra la decisión del Comité de Ministros (del 15 de noviembre de 2016), que resolvió la reclamación administrativa presentada contra la RCA N° 69, del 1 de octubre de 2015, que aprueba el proyecto antes referido.

La acción tenía por objeto anular la resolución de dicho Comité, por la falta de consideración de las observaciones de terceros por parte de la autoridad ambiental, que fueron presentadas durante el período de participación ciudadana. Cabe señalar que la motivación de estas observaciones fue la afectación de las aguas subterráneas, debido a la extensión temporal de la actividad minera del proyecto Cerro Colorado.

En ese sentido, uno de los reclamantes, alega el deterioro del estado ambiental de “Pampa Lagunillas”. La otra, una asociación de comunidades indígenas, reclama la ocupación abusiva de sus territorios ancestrales, la afectación de sus aguas y su entorno, y el drástico deterioro de su calidad de vida, lo que habría ocurrido sin su consentimiento y sin la adecuada información de conformidad con los mecanismos que la legislación nacional e internacional establecen para la protección de los pueblos indígenas.

En este marco, la Dirección General de Aguas de la Región de Tarapacá, indicó en su informe del 15 de junio de 2005, que la: “[...] variabilidad pluviométrica influye de manera directa en el tamaño de las lagunas, pero no en el abastecimiento hídrico el bofedal, ya que aquél era de carácter subterráneo a través de un sistema de surgencias difuso (sistema de surgencias difuso: red de múltiples vertientes que se manifiestan, algunas, como manantiales claramente definidos, y otra sólo como zonas de anegamiento del suelo). Estas surgencias corresponden a una manifestación del agua subterránea que, contenida a presión, fluye verticalmente hasta alcanzar la superficie del terreno [...]”. Al mismo tiempo agrega que: “la desaparición total de las vertientes ubicadas al norte del bofedal constituye una prueba irrefutable de la pérdida de potencial hidráulico del acuífero, así como el descenso de 8 metros en el nivel de la napa en el sector de Pampa Lagunillas con respecto a la situación de línea base, y que “[...] la extinción de la totalidad de las surgencias que alimentaban el bofedal Lagunillas se debe a la pérdida de potencial hidráulico (presión) que ha sufrido el acuífero en la última década [...]”².

Según los demandantes, este informe permite afirmar que la desaparición total de las fuentes de agua, ubicadas al norte de la “Pampa Lagunillas”, constituye una prueba irrefutable de la pérdida del potencial hidráulico del acuífero afectado por la actividad minera, así como el descenso del nivel freático en ocho metros, respecto a la situación de referencia. A su vez, este informe permitiría concluir que, el origen de la extinción de todos los manantiales que alimentan el humedal Lagunillas se debe a la pérdida del potencial hidráulico que ha sufrido el acuífero en la última década, como consecuencia de la actividad minera del proyecto Cerro Colorado.

Al mismo tiempo, se menciona que la Dirección General de Aguas sostiene que los planes de gestión propuestos por la empresa para ampliar su actividad hasta 2023, no contemplan la reparación, en un plazo razonable, de los descensos de los niveles de agua. Por el contrario, asevera que la decisión de la autoridad ambiental, que autoriza la continuidad operativa de esta actividad solo agudiza el deterioro ambiental antes descrito.

Por su parte, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago resolvió favorablemente la demanda de uno de los demandantes; la otra, presentada por la comunidad indígena, fue denegada por razones de procedimiento que escapan a nuestro análisis.

² Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-141-2017 (8.02.2019), “Jara Alarcón, Luis v. Servicio de Evaluación Ambiental”, c. 23°.

Así, según el Tribunal, la observación ciudadana referida al impacto de la continuidad del proyecto Cerro Colorado en la recuperación de los niveles freáticos, no fue tratada por la autoridad ambiental de manera completa, precisa y suficiente. En ese sentido, la sentencia nos recuerda que el proyecto minero que pretendía extender su actividad hasta el 2023, ya había sido sancionado previamente por la cesión de “Pampa Lagunillas”.

En este contexto, el Tribunal evalúa si las medidas de mitigación incluidas en la RCA de 2015, permitieron o no alcanzar el objetivo propuesto, esto es: recuperar los niveles freáticos en un plazo determinado. Para ello, analiza la evidencia y antecedentes científicos, aportados por las partes, pero también decide incluir otros conocimientos científicos, relativos al cambio climático.

b) El tratamiento del cambio climático

Los Ministros del Segundo Tribunal Ambiental concluyen que ninguna de las medidas de mitigación propuestas por el titular del proyecto Cerro Colorado y autorizadas por la autoridad ambiental para dar continuidad al proyecto hasta 2023, permitiría recuperar los ecosistemas acuáticos afectados por su actividad, en un plazo aceptable. A su juicio, las medidas de recuperación de acuíferos consideradas, no tuvieron en cuenta la influencia del cambio climático en dichos ecosistemas, situación que era necesario corregir. Para ello, el Tribunal, ordena a la autoridad ambiental evaluar nuevas medidas de mitigación, respecto del efecto de la actividad minera en el ecosistema de extracción de agua de “Pampa Lagunillas”, considerando los escenarios de cambio climático utilizados por expertos en la materia³.

Al respecto, los jueces afirman que Chile ha sido catalogado como un país vulnerable al fenómeno del cambio climático, a la luz de los criterios definidos en la Convención Marco de las Naciones Unidas. Al mismo tiempo, subraya el compromiso internacional del país, como signatario de dicho Convenio y más recientemente del Acuerdo de París, ratificado por Chile el 10 de febrero de 2017. Nos recuerda que entre los objetivos de dicho Acuerdo se encuentra “fortalecer la capacidad de adaptación a los

³ Moraga Sariego, Pilar, “Comentario de Jurisprudencia. Sentencia de la Corte Suprema dictada en causa “Jara Alarcón, Luis con Servicio de Evaluación Ambiental”, Rol N° 8573-2019, de 13 de enero de 2021”, *Actualidad Jurídica Ambiental* (2021). <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-chile-participacion-evaluacion-ambiental/>

efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia climática” y que existe un consenso dentro de la comunidad científica internacional de que el cambio climático afectará la recarga de los acuíferos a nivel mundial, debido a los cambios en los patrones de precipitación y temperatura⁴. Así, en las zonas de mayor altitud, el efecto del cambio climático se refleja en una menor acumulación de nieve y un derretimiento más temprano de la misma, así como en un aumento de las precipitaciones invernales en forma de lluvia sobre nieve.

Respecto de la realidad local del territorio en el cual se producirían los impactos de la actividad minera en cuestión, los ministros subrayan, que, en el caso del altiplano chileno, los pronósticos indican un aumento de entre 0,5 y 1,5°C en las temperaturas medias y una reducción de 5 a 15% en la precipitación anual para el año 2040⁵. En este contexto, los efectos del cambio climático sobre la recarga del acuífero “Pampa Lagunillas” implicarían que los regímenes de deshielo tiendan a reducir la duración estacional y prolongar su recarga, y por ende su recuperación. Este análisis permitió indicar por qué las medidas de mitigación previstas en este caso deberían incluir una gestión cuidadosa de las aguas subterráneas como recurso renovable, en particular por su lenta e incierta recarga futura⁶. Para arribar a esas conclusiones, el Segundo Tribunal Ambiental consideró un conjunto de literatura científica del cambio climático: Taylor, Richard G., et al. “Ground water and climate change”, *Nature Climate Change*, 2013, vol. 3, N° 4, 322; Green, Timothy R., et al. “Beneath the surface of global change: Impacts of climate change on groundwater”, *Journal of Hydrology*, 2011, vol. 405, N° 3-4, 532-560; Rojas, Maisa, *Escenarios climáticos y la vulnerabilidad de Chile*, 2016.

Por el contrario, las simulaciones realizadas por la empresa minera en el caso comentado, para evaluar los efectos del bombeo de aguas subterráneas y las medidas y/o condiciones establecidas para su control, no habrían tomado en cuenta la influencia del clima en la recarga del acuífero. y por lo tanto en el tiempo de recuperación esperado. La omisión de este aspecto llevó al Tribunal Ambiental de Santiago a introducirlo de oficio en virtud del amplio margen de apreciación de la prueba que le entregó el legislador, lo cual fue confirmado por la Corte Suprema.

⁴ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-141-2017 (8.02.2019), c. 79°.

⁵ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-141-2017 (8.02.2019), c. 80°.

⁶ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-141-2017 (8.02.2019), c. 79°.

Al respecto, el máximo Tribunal afirmó que los estudios relativos a las proyecciones de disminución de la precipitación anual futura en Chile permiten concluir que la consideración del cambio climático constituye un factor determinante para la correcta estimación del tiempo necesario para la recuperación del acuífero de “Pampa Lagunillas” y por tanto, para definir las medidas de mitigación adoptadas por el proyecto minero. En esta perspectiva, agrega que cualquier evaluación de impacto debe tener en cuenta el conocimiento científico disponible y la complejidad del sistema ecológico que puede verse afectado. Esto estaría en consonancia con el hecho de que toda evaluación ambiental debe tender a materializar un desarrollo sostenible que, de acuerdo con el artículo 2° letra g) de la ley 19.300, de manera que no comprometa las expectativas de las generaciones futuras”⁷.

2.2. Las reglas de la sana crítica en materia ambiental

La reforma de la institución ambiental introducida por la Ley N° 20.417, de 2010, significó también la creación, mediante la Ley N° 20.600, de 2012, de un Tribunal especializado en materia ambiental, con representación regional, en el norte del país en Antofagasta, en Santiago, en el centro, y en el sur, en Valdivia. Es un poder judicial mixto integrado por dos magistrados abogados y un técnico en ciencias ambientales.

En materia jurisdiccional, se trata de una jurisdicción especializada que conoce de las demandas por daño ambiental y de las reclamaciones contra las decisiones de la autoridad ambiental. Entre estas últimas se encuentra la acción de reclamación que pueden presentar los terceros de un proyecto, cuando la autoridad ambiental no toma debidamente en cuenta sus observaciones, formuladas durante la etapa de participación ciudadana del SEIA. Al respecto, el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 dispone que los Tribunales Ambientales conocerán:

“[...] de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley”.

⁷ SCS Rol N° 8573-2019 (13.01.2021), “Jara Alarcón, Luis v. Servicio de Evaluación Ambiental”, c. 24°.

En materia probatoria, el artículo 35 inciso segundo de la Ley N° 20.600 indica que: “Serán admisibles todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos y que sean aptos para producir fe [...]”. Por su parte, la misma norma continúa señalando que el Tribunal Ambiental “podrá reducir el número de pruebas de cada parte si considera que son manifiestamente reiteradas”. Al mismo tiempo, “puede decretar las diligencias probatorias que estime convenientes”, en cualquier estado de la causa y cuando, a su juicio, sea indispensable para esclarecer hechos que le parezcan oscuros y dudosos”.

Al respecto, la doctrina destaca que a pesar de que el sistema judicial evoluciona hacia jurisdicciones especializadas, como la justicia ambiental, las reglas de la prueba siempre evolucionan en la misma dirección, es decir, hacia el fortalecimiento de la libertad de los jueces en la valoración de los elementos presentados por las partes o por él mismo, independientemente de que se trate de una jurisdicción especial u ordinaria⁸⁻⁹.

En caso de que las partes en juicio estimen que la sentencia definitiva fue dictada con infracción manifiesta de las normas de apreciación de la prueba, podrán presentar un recurso de casación ante el mismo tribunal que dictó la sentencia, el cual será resuelto por la Corte Suprema (artículo 26 de la Ley N° 20.600).

En cuanto a los criterios utilizados por la Corte Suprema para valorar la correcta aplicación de la regla de la libre valoración de la prueba por parte de los Tribunales Ambientales, la doctrina ha identificado los siguientes: 1. Motivación y 2. Exhaustividad.

En cuanto a la motivación, se ha entendido como aquel discurso elaborado por el juez, a través del cual se desarrollan las “razones” que sustentan la legitimidad y racionalidad de su decisión. En otras palabras, puede entenderse como un discurso estructurado sobre explicaciones racionales que sirve para articular las razones que justifican la decisión judicial¹⁰.

⁸ Hunter Ampuero, Iván, “Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 25, n° 1 (2012): 249. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100012&lng=es&nrm=iso.

⁹ Hunter Ampuero, Iván, “Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?”, *Revista Ius et Praxis* 23, n° 1 (2017). http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100008&lng=es&nrm=iso.

¹⁰ Hunter Ampuero, Iván, “Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema)”, 250.

En cuanto a la integridad de la prueba, se ha señalado que es fundamental que el razonamiento del Tribunal “sea completo”, esto es, que “abarque todos los aspectos de hecho y de derecho de la decisión”. Lo anterior permitirá, a juicio de la doctrina, asegurar el correcto razonamiento del juez, en el proceso de determinación de la veracidad de “una afirmación de hecho” y que ésta, pueda considerarse “debidamente fundamentada” con la prueba producida en el juicio. Así, el razonamiento justificativo debe ser capaz de demostrar que las afirmaciones declaradas verdaderas están respaldadas por pruebas, para lo cual, el juez debe analizar, valorar y ponderar todos los elementos probatorios generados durante el proceso¹¹.

Se trata de dos elementos que se encuentran más o menos presentes en el desarrollo de la jurisprudencia ambiental analizada.

3. LA SANA CRÍTICA Y PRINCIPIO PRECAUTORIO FRENTE AL ERROR DE ULTRA PETITA

Anteriormente analizamos cómo los ministros del Tribunal Ambiental incorporan la evidencia científica del cambio climático para determinar si las medidas de mitigación establecidas por la autoridad ambiental eran suficientes para proteger a los acuíferos presentes en el área de influencia del proyecto de continuidad operacional de Cerro Colorado. Asimismo, indicamos que tal consideración tiene lugar en el marco de las reglas de la sana crítica consagradas en la Ley N° 20.600. En este apartado podremos constatar cómo dichas reglas, a la luz del principio precautorio, permiten descartar las alegaciones referidas al error de *ultrapetita* en el que habría incurrido la sentencia definitiva dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en el caso Cerro Colorado.

3.1. La aparente infracción a las reglas de la sana crítica

La empresa titular del proyecto de continuidad de Cerro Colorado y el SEA presentaron recursos de casación en la forma, conforme al artículo 26 inciso 4° de la Ley N° 20.600, por infracción manifiesta de las normas de la sana crítica. Alegan que el Tribunal no habría respetado las reglas de la lógica, por un lado, y que por otro, no desarrollaron un razonamiento

¹¹ Hunter Ampuero, Iván, “Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema)”, 251.

suficiente para justificar que las medidas de mitigación no eran apropiadas para recuperar el acuífero afectado.

En cuanto al posible incumplimiento de las reglas de la lógica, la Corte Suprema afirma que la sentencia del Tribunal Ambiental fue clara en sus conclusiones, al considerar como período de referencia para la recuperación del acuífero “Pampa Lagunillas”, el año 2050, en cumplimiento de la RCA de 2011. Por su parte, la empresa propuso considerar el año 2075, con base en los términos del proyecto de continuidad de Cerro Colorado 2023. En ese sentido, la Corte Suprema destaca que es claro para el Tribunal, que la continuidad proyecto de Cerro Colorado (hasta 2023), significó extender la fecha de recuperación del acuífero hasta 2075, y que las medidas de mitigación propuestas permitieron reducirla a 2062. Sin embargo, la Corte coincide con los ministros del Tribunal Ambiental, en el hecho de que las reglas de la lógica lleven a considerar como plazos de referencia, el de la RCA de 2011 (2050) y no el del proyecto de continuidad de la RCA de 2015 (2075). En efecto, desde el punto de vista de la empresa minera, era necesario tener en cuenta que las medidas de mitigación incluidas en el proyecto y aceptadas por la autoridad ambiental en el permiso de 2015, permitieron reducir el período de recuperación en 13 años, de 2075 a 2062, lo cual contrasta con el juicio del Tribunal Ambiental de considerar como referencia el año 2050 contemplado en la RCA de 2011.

Tal decisión por parte del Tribunal Ambiental constituiría, a juicio de la empresa, una infracción a las reglas de la lógica. La Corte Suprema discrepa con dicho enfoque, y reafirma la conclusión del Tribunal Ambiental, en el sentido de considerar como fecha límite válida para la recuperación de los acuíferos el año 2050, conforme lo establecido en la RCA de 2011.

En relación con el segundo reproche contenido en el recurso de casación, relativo a la falta de motivación suficiente por parte del Tribunal, el proyecto minero sostiene que los jueces llegan a su conclusión a través de un examen del modelo hidrogeológico incorrecto. Esto se explica por la contradicción existente entre dicho modelo y los expedientes emitidos por los órganos especializados, que afirmaban la pertinencia y suficiencia de las medidas de mitigación.

Sin embargo, la Corte es de otra opinión, pues considera que si bien las alegaciones presentadas por la empresa y el Servicio de Evaluación Ambiental pretenden demostrar un incumplimiento de las reglas de la libre apreciación de la prueba, lo que pretenden en verdad es refutar el valor que el Tribunal Ambiental le da a la prueba:

“[...] aun cuando las recurrentes se esmeran en presentar sus alegaciones como dirigidas a la denuncia de infracción a las reglas de la sana crítica, lo cierto es que lo impugnado es en realidad la valoración que los jueces del grado hicieron de la totalidad de la prueba, resolviendo el asunto presentado a su conocimiento, como resultado de este ejercicio, actividad que es exclusiva de los sentenciadores del grado, salvo que se acredite una efectiva infracción a las reglas de la sana crítica, lo que no ha ocurrido, razón por la cual los recursos no podrán prosperar en esta parte”¹².

En esta perspectiva, la Corte señala que la regla de la “sana crítica” incluye la explicación de los fundamentos jurídicos, científicos, técnicos o de experiencia, en virtud de los cuales el Tribunal atribuye o resta mérito. **Esta** presta particular atención a la multiplicidad, seriedad, precisión, concordancia y conexión de los elementos probatorios, a fin de que el examen permita llegar de manera lógica a las conclusiones desarrolladas por los jueces.

En este orden de ideas, la Corte rechaza los argumentos presentados por la demandante en este aspecto y afirma que, es claro para el Tribunal Ambiental que las medidas propuestas y aprobadas por la autoridad ambiental son adecuadas para reducir el tiempo de recuperación del acuífero, en comparación con los plazos contenidos en el “proyecto de continuidad 2023”, razonamiento reforzado por los antecedentes científicos que los “jueces ambientales” deciden incorporar en la interpretación de los hechos y el derecho aplicable a la resolución de la controversia.

3.2. *El aparente vicio de ultrapetita*

La empresa minera, titular de Cerro Colorado reprocha al Tribunal Ambiental el haber dictado sentencia sobre aspectos no incluidos en la demanda, con lo cual incurre en el vicio de *ultra petita*. Esto se debió a la consideración del cambio climático en la decisión de los jueces especialistas.

Al respecto podemos mencionar que el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil establece que hay *ultra petita* cuando los jueces conceden más de lo solicitado por las partes, o se refieren a puntos no sometidos a su decisión, sin perjuicio de otras situaciones consagradas en la ley. En el caso que nos ocupa, la empresa afirma que la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental se encuentra en la segunda hipótesis de dicha norma, es decir a puntos no sujetos a la decisión del Tribunal y en particular

a la referencia del cambio climático. Según la empresa recurrente, ni el objeto de las denuncias presentadas por terceros, ni sus fundamentos, se refieren a fenómeno.

En efecto, los demandantes reclaman, ante el Tribunal Ambiental, la falta de consideración de las observaciones realizadas durante la consulta pública del procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto de continuidad de Cerro Colorado. Éstas apuntaban a los efectos negativos de dicho proyecto en las aguas de “Pampa Lagunillas” y las dificultades de recuperación del sistema hídrico. Sin embargo, entre las bases de los impactos identificados por los demandantes, no se encuentra el cambio climático. Es por lo anterior, que a juicio de la empresa el Tribunal Ambiental habría ido más allá de las pretensiones de la demanda, al considerar los impactos del cambio climático para evaluar las medidas de mitigación del proyecto y ordenar nuevas medidas que tengan en cuenta los escenarios climáticos futuros.

El Tribunal Supremo sostiene por su parte que el vicio de *ultra petita* sólo tiene lugar cuando un tribunal se extralimita en lo solicitado por las partes, actúa de oficio o sin facultades o en determinados casos determinados por ley. A su juicio, ninguna de estas situaciones se daría en este caso, pues la jurisdicción especializada habría adoptado una decisión que se relacionaba con el objeto de las denuncias, al señalar que la autoridad ambiental no consideró las observaciones ciudadanas de uno de los denunciados. En este sentido, la Corte destaca que para llegar a esta conclusión era fundamental determinar si las medidas de mitigación autorizadas por la autoridad administrativa se encontraban o no conformes a derecho. Para cumplir con esta tarea, los jueces debían valorar la prueba aportada por las partes, pero no solamente, pues la regla de la sana crítica permite a los jueces tomar en cuenta su propia experiencia o conocimientos. Así, la integración mixta del Tribunal Ambiental (abogados y técnicos) sin duda facilitó a los jueces, el acceso y comprensión de los datos científicos disponibles, respecto a los impactos del cambio climático en una zona caracterizada por la desertificación y escasez de agua.

Conforme a lo expuesto, es posible afirmar que la regla de la sana crítica favorece la consideración de los conocimientos científicos disponibles, cuestión que se ve reforzada a la luz del principio precautorio, definido por la Corte como aquello que “[...] funciona en caso de una amenaza potencial, pero por incertidumbre científica o controversia [...], se considera como el instrumento o herramienta más adecuado para resolver los problemas ambientales porque actúa aguas arriba (Bermúdez Soto, 2016,

¹² SCS Rol N° 8573-2019 (13.01.2021), c. 19°.

341)”¹³. En esta línea de pensamiento, el propio sistema de evaluación de impacto ambiental constituiría una aplicación de este principio, imponiendo así la necesidad de actuar con antelación.

En consecuencia, la Corte señala que es cierto que ni las partes ni la autoridad ambiental hicieron referencia alguna al tema del cambio climático. Sin embargo, afirma que, al leer los motivos de la decisión impugnada, se puede observar el propósito de los jueces de evaluar todos los factores que podrían incidir en un frágil ecosistema ya dañado por la actividad minera de Cerro Colorado. Así, a la luz de las reglas de la sana crítica que permiten a los jueces tener en cuenta sus propios conocimientos y experiencia, afirman que es necesario considerar los escenarios climáticos futuros porque es un elemento determinante en la evolución de las aguas subterráneas afectadas por el proyecto, lo cual se refuerza a la luz del principio de precaución.

4. CONCLUSIONES

El análisis propuesto en el presente trabajo da cuenta de cómo las reglas de la apreciación de la prueba han permitido a la justicia especializada analizar y resolver las controversias ambientales a la luz de la evidencia científica disponible en materia de cambio climático. Se trata de una cuestión controvertida, que las partes podrían interpretar como un exceso de parte de la justicia especializada, lo cual ha sido, hasta ahora, descartado por la Corte Suprema.

Tal enfoque constituye un gran aporte de los Tribunales Ambientales, en la comprensión de la cuestión ambiental, como un fenómeno dinámico, en permanente cambio, el cual se ve acelerado por los impactos del cambio climático, en un país caracterizado por la vulnerabilidad.

¹³ SCS Rol N° 8573-2019 (13.01.2021), c. 24°.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- Hunter Ampuero, Iván. “Control judicial de las reglas de la sana crítica (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 25, n° 1 (2012). http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000100012&lng=es&nrm=iso.
- Hunter Ampuero, Iván. “Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?”, *Revista Ius et Praxis* 23, n° 1 (2017). http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100008&lng=es&nrm=iso.
- Moraga Sariego, Pilar. “Comentario de Jurisprudencia. Sentencia de la Corte Suprema dictada en causa “Jara Alarcón, Luis con Servicio de Evaluación Ambiental”, Rol N° 8573-2019, de 13 de enero de 2021”, *Actualidad Jurídica Ambiental* (2021). URL: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-chile-participacion-evaluacion-ambiental/>.

Jurisprudencia citada

Excelentísima Corte Suprema

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8573-2019 (13.01.2021), “Jara Alarcón, Luis v. Servicio de Evaluación Ambiental”.

Segundo Tribunal Ambiental

Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental Rol R-141-2017 (8.02.2019), “Jara Alarcón, Luis v. Servicio de Evaluación Ambiental”.

Constitución y Ley N° 20.600: los Tribunales Ambientales en el proceso constituyente

JOSÉ LUIS LARA ARROYO¹
GASPAR JENKINS PEÑA Y LILLO²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Bases constitucionales del contencioso administrativo en Chile: reflexiones desde el Estado Constitucional de Derecho. 3. La especialización de la jurisdicción ambiental: El caso de los Tribunales Ambientales. 4. Conclusión. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Con entusiasmo recibimos la invitación cursada por el Honorable Primer Tribunal Ambiental de Chile para referirnos respecto de un asunto de suyo relevante por estos días como lo es la recepción y, a la postre, el tratamiento que a nuestro entender debiera dispensar nuestra Carta Fundamental respecto de la justicia contencioso-administrativa y, en particular, de su especialización en el ámbito ambiental.

Como se advertirá preliminarmente, la tarea a la que nos hemos abocado no es menor, puesto que, en Chile, la idea de una justicia dedicada especialmente a los asuntos contenciosos-administrativos ha sido reflexionada por más de un siglo sin mayor solución por parte de la legislación nacional, cosa que, por cierto, nos impide a nosotros poder prometer una fórmula o solución a los ingentes desafíos que la problemática ha irrogado

¹ Abogado, Doctor en Derecho y Magister en Ciencias Jurídicas UC, Profesor de Derecho Administrativo UC, Director del Diplomado en Contratación Administrativa UC, Coordinador académico y Profesor del Magister en Derecho LLMUC, Socio Derecho Público Philippi, Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU).

² Abogado, Magister en Derecho regulatorio LLM UC, investigador del Centro de Justicia Constitucional y profesor de la Universidad del Desarrollo y del Magister en Derecho UC, se ha desempeñado como abogado asociado senior en Philippi, Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU) y actualmente asesor del Comité de Expertos para la redacción de una nueva Constitución.

en nuestro sistema, sin perjuicio de esbozar algunas aproximaciones a la temática, para luego dar algunas orientaciones respecto de lo que, a nuestro entender, debería ser de manera más o menos desarrollada la recepción del contencioso ambiental en nuestro ordenamiento.

2. BASES CONSTITUCIONALES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN CHILE: REFLEXIONES DESDE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

2.1. Del control a la Administración en el Estado constitucional de Derecho

La construcción de un ideal constitucional exige a las sociedades contemporáneas la adopción de instituciones consolidadas por el desarrollo de una tradición sustentada en la libertad y la igualdad, para efectos de que, sobre ellas, avanzar en la construcción de un Estado constitucional de Derecho robusto y garantista de los derechos fundamentales de sus habitantes. Por ello, y como plantea Häberle, el Estado constitucional sólo es tal si parte de la base de elementos indiscutibles³ como el entendimiento de la dignidad humana, como premisa para la construcción del ordenamiento jurídico, el respeto y protección de la soberanía como poder máximo a través del ejercicio democrático y pluralista, la división de funciones y la independencia de Tribunales⁴. De allí que puede apreciarse a los textos constitucionales como las “piedras iniciales” para la construcción de Derecho de un país, moldeando instituciones, órganos y normativas cuyo poder descansará en la Constitución como su fundamento directo⁵.

Es en el contexto de esta idea que la Constitución adopta como uno de sus principales roles el de conferir potestades a los distintos órganos que conformarán el aparato estatal y establecer los lineamientos respecto

³ Véase De la Oliva Santos, Andrés. “Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas”, *Revista Judicial (Revista Mexicana de Justicia)*, n° 4 (2004), 76.

⁴ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 2ª edición (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016), 1-3.

⁵ De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Editorial Ariel, 1998), 22.

de los cuales aquellas podrán ser ejercidas válidamente por sus titulares⁶. Como destaca Hesse:

“[l]a necesidad del ordenamiento jurídico no sólo se presenta para la formación y conservación de la unidad política, sino también para la acción e incidencia de los órganos estatales constituidos con estos fundamentos. En tal medida se necesita una normación de la arquitectura del Estado y del cumplimiento de sus tareas. [...] Se trata de constituir órganos a los que confiar en función de su naturaleza objetiva los diferentes, determinados y delimitados ámbitos de tareas de incidencia estatal y las competencias correspondientes, necesarias para el cumplimiento objetivo de tales tareas”⁷.

Dicha ordenación constitucional deberá, eso sí, ser construida de acuerdo con los valores sustantivos de una sociedad plural encallada sobre el racionalismo liberal y el principio democrático, los que exigirán -entre otras cosas- la limitación del poder y la prevención del despotismo conforme a los estándares ideados por el constitucionalismo visto como ideología⁸. Según Loewenstein, la forma de construir adecuadamente un sistema constitucional enemigo de la concentración y del abuso del poder político será mediante una adecuada técnica de distribución de funciones entre diversos órganos estatales, que permita sustentar mecanismos sólidos de control. En este sentido, para este autor el paradigma organizativo no se debe estructurar sobre la mirada clásica de un “poder legislativo, ejecutivo y judicial”, sino sobre una nueva visión que distinga entre la función de *decisión política* (esto es, organismos encargados de adoptar las resoluciones fundamentales para la sociedad, como el Presidente de la República o el Congreso Nacional en Chile), la de *ejecución política* (o sea, la concreción práctica y cotidiana de las decisiones políticas adoptadas, deber que recae en los órganos de la Administración del Estado e, incluso, en los Tribunales de Justicia) y la de *control* propiamente tal (vigilancia del respeto a la división de funciones y competencias, lo que se puede apreciar en el rol

⁶ En este sentido destacan por su importancia los artículos 6° y 7° de la Constitución vigente, cuyo contenido plasma, entre otros, los principios de supremacía constitucional, de vinculación positiva o juridicidad, de responsabilidad y los presupuestos para que los órganos del Estado puedan actuar válidamente.

⁷ Hesse, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Ernesto, et al, 2ª edición (Madrid: Marcial Pons, 2001), 4.

⁸ Cazor Aliste, Kamel, “Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: Hacia una nueva teoría constitucional”, *Revista Ius et Praxis* [Universidad de Talca], año 13, n° 1 (2001): 59-62.

que detentan, hoy en día, instituciones como los Tribunales de Justicia, la Contraloría General de la República o el Tribunal Constitucional)⁹.

Estas tres funciones crean, espontáneamente, un equilibrio de pesos y contrapesos entre los derechos de la ciudadanía y las prerrogativas del Estado, destinado a evitar tiranías por parte de los detentadores del poder¹⁰, siempre que los mecanismos de control ideados entre unos y otros sean eficientes, especialmente si consideramos que, a falta de resistencias suficientes, el ciudadano se verá enmarcado en imposiciones estatales ilegítimas que atentan contra la voluntad de las personas y sus derechos fundamentales, entendidos, en palabras de Ferrajoli, como aquellos sustratos esenciales de una *ley del más débil* que debe combatir aquella *ley del más fuerte*¹¹.

En este sentido, cabe mencionar que, dentro de los diversos focos de ejercicio de poder soberano, los órganos de la Administración del Estado están en una posición especialmente sensible, principalmente debido a que el ejercicio de gran parte de sus prerrogativas y potestades producen efectos jurídicos concretos e inmediatos que limitan o reducen el ámbito de los derechos fundamentales de los involucrados, como su libertad o

⁹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición. Traducción por Gallego Anabitarte, Alfredo (Barcelona: Editorial Ariel, 1976), 54-72.

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, Marcano, Valeria y Pallante, Francesc, *Manual de Derecho Constitucional*. Traducción por Moreno More, César (Lima: Zela editores, 2020), 577-578. “Ninguna verdad política tiene mayor valor propio o se apoya sobre la autoridad de defensores más ilustres de la libertad que aquella sobre la que se sostiene esta objeción. La acumulación de los poderes legislativos, ejecutivo y judicial en las mismas manos, ya sea en las de uno, varios o muchos; y ya sea por herencia, autodesignación o elección, debe ser considerada la definición misma de la tiranía” (Madison, James. “Análisis y explicación del principio de separación de poderes”, *El Federalista*, Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John (2018). Traducción por Ortúzar, Pablo, Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago, Chile, 302).

¹¹ “El derecho a la vida y a la integridad personal es por antonomasia la ley del más débil contra la ley de quien es más fuerte físicamente. Lo son igualmente los derechos de libertad, contra la arbitrariedad y la opresión de quien es más fuerte políticamente. Lo son también los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia que compensan la ley de quien es más fuerte social y económicamente. Lo son los derechos políticos, que protegen a la mayoría de los débiles contra los abusos políticos de las élites o los dictadores. Lo son, en fin, los mismos derechos civiles, que tutelan la propiedad de los bienes contra la fuerza de quien podría apoderarse de ellos por la violencia”. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo II (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 59.

su propiedad¹². Ejemplos de lo anterior son el arresto o detención por parte de una autoridad policial, la sanción administrativa impuesta por una Superintendencia o la orden de demolición de vivienda decretada por un Alcalde, medidas todas ellas que, siendo manifestaciones de potestades abstractas legítimas conferidas a órganos administrativos por el sistema constitucional, podrían dar lugar a graves afectaciones indebidas si se ejercen de forma desapegada de la normativa vigente. Por ello, y como plantea Brewer Carías:

“el Derecho Administrativo, además de regular a la Administración Pública, el ejercicio de la función administrativa y la propia actividad administrativa del Estado, regula también las relaciones entre los entes públicos y los administrados, resultantes de la gestión del interés público que, en concreto, aquellos asuman. En estas relaciones está otro de los elementos claves de nuestro Derecho Administrativo, y que además puede decirse que es el signo del mismo en su vertiente contemporánea: el equilibrio que busca establecer nuestra disciplina entre los poderes y prerrogativas de la Administración y los derechos de los particulares, lo cual plantea unas especiales exigencias dado el régimen democrático que existe en nuestro país”¹³.

La doctrina tradicional logra consolidar tres grandes mecanismos primarios sobre los cuales sustentar el control a la Administración de acuerdo a la estructura dada por el principio de separación de funciones: (i) el primero de ellos ejercido por el “poder constituyente” al consolidar un principio de reserva legal; (ii) un segundo mecanismo confiado al Congreso Nacional mediante el desarrollo del principio de legalidad (o, más ampliamente, el principio de juridicidad) y su vinculación positiva como limitación del actuar de la Administración; y, (iii) una última herramienta confiada a los Tribunales de Justicia, encargados de controlar la vigencia del principio de legalidad a través de procedimientos contenciosos administrativos.

El principio de reserva legal, en palabras de Cazor, resalta el rol de la ley como norma primaria dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, resguardándosele, por ende, un ámbito de la regulación respecto de determinadas materias definidas por el texto constitucional que, en contrapartida, implican una sustracción de su tratamiento por otro tipo de

¹² Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 5ª edición (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965), 65; Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho Administrativo General*. 3ª edición (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 22-23; Valdivia, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 45-46.

¹³ Brewer Carías, Allan, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*. Vol. I (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013), 39.

normas de rango inferior¹⁴. Sin perjuicio de las diversas manifestaciones de dicho principio dentro de nuestro sistema constitucional, destacará para efectos de este trabajo la reserva consagrada en el art. 7° de la Constitución, que especialmente en su inciso segundo contempla que los órganos de la Administración del Estado -como toda otra entidad pública- sólo podrá ejercer aquellas prerrogativas, atribuciones y potestades que expresamente le sean conferidas por una norma constitucional o una de rango legal.

Ahora bien, confiar en la ley como el principal origen para las potestades públicas es reconocer la primera faz de la garantía normativa. Una segunda cara la veremos en el denominado *principio de vinculación positiva* de la ley, y que reconoce en el contenido de la ley un condicionamiento y una determinación de los presupuestos de validez para el actuar Administrativo, configurando así una necesidad de que aquella ejerza sus prerrogativas con estricta sujeción al derecho para que sus órdenes y decisiones sean vinculantes para los ciudadanos¹⁵. Así, y en contracara a la forma en que la ley opera dentro del mundo privado (“las personas pueden hacer todo aquello que no les está prohibido”), en el Derecho Público la ley actuará impidiendo a los órganos estatales conducirse bajo su mera arbitrariedad, permitiéndoles sólo actuar previa ley habilitante y sólo dentro del ámbito de competencias materiales y formales que ella le entregue.

De esta forma, la Administración sólo podrá obrar válidamente si existe de forma previa una norma jurídica de rango constitucional o legal que la habilite, estableciendo a su vez los bordes materiales y formales de dicha actuación (límites externos), consolidando, de esta manera, a la ley como el fundamento sustantivo -condición de existencia y actuación- del proceder estatal, prohibiéndose, consecuentemente, la actuación por los órganos administrativos ante la ausencia de regulación o fuera de sus márgenes, ello por reconocer en la ley la manifestación del consenso social (la “manifestación de la voluntad soberana” según el art. 1° del Código Civil) respecto de la convivencia que la comunidad política imperante desea construir entre el Estado y sus ciudadanos¹⁶.

¹⁴ Cazor Aliste, Kamel, *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*. Tomo I (Santiago: Universidad Central de Chile, 2002), 81; Díez Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª edición (Navarra: Thomson Reuters – Editorial Civitas, 2001), 73.

¹⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, 9ª edición (Madrid: Editorial Civitas, 2005), 438-440.

¹⁶ Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática* (Madrid: Marcial Pons, 2003), 65-66;

La importancia de la ley para la actuación de la Administración dará pie a la configuración del principio de legalidad como un límite infranqueable dentro del diseño constitucional, desencadenando una dinámica compleja dentro de la que interactúan distintos mecanismos de control de la actividad de los órganos administrativos, comenzando por el repudio jurídico al ejercicio de potestades públicas que no cuenten con una norma previa habilitante, configurando un vicio de nulidad que reconoce la presencia de un acto incapaz de producir efectos obligatorios para ante los ciudadanos. Así, y siguiendo el planteamiento de Fernández¹⁷, la “cadena de la legalidad” continuará con el control hacía el acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad previamente conferida por la ley, y su contenido, para efectos de comprobar que aquel se enmarca en los límites sustantivos (por ejemplo, debida fundamentación o respeto a los principios de razonabilidad o de interdicción a la arbitrariedad) y procedimentales que acrediten un actuar legítimo que permita a la Administración, posteriormente, dar paso a su ejecución. Este paso desde lo “jurídico” a lo “fáctico” será el último elemento sujeto a la legalidad, permitiendo verificar que las vías de hecho realizadas por la Administración observen adecuadamente los límites y condiciones impuestos por el acto administrativo previamente dictado.

2.2. Del principio de tutela judicial como “cláusula de cierre” del Estado constitucional de Derecho

Ahora bien, dentro del diseño constitucional, el órgano legislador no es el único encargado de controlar el actuar de la Administración, encargándose también dicha labor a los Tribunales de Justicia, configurando, de esta forma, la articulación de tutelas represivas o reactivas que garanticen, con efectividad, que la Administración se subordinará al principio de legalidad (o de juridicidad¹⁸) en sus actuaciones, evitando provocar vulneraciones ilegítimas al derecho objetivo y a los derechos e intereses de aquellos que puedan verse involucrados.

Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica* (Madrid: Fundación de Estudios de Regulación – Universidad Externado de Colombia, 2003), 88.

¹⁷ Fernández, Tomás-Ramón, “Principio de legalidad”, *Enciclopedia Jurídica Básica*. Tomo III (Madrid: Editorial Civitas, 1995), 5077-5078.

¹⁸ Véase Pantoja Bauzá, Rolando, “Del principio de la legalidad al principio de juridicidad”, *La Administración del Estado de Chile, decenio 1990-2000*, Universidad de Chile (Santiago: Editorial Conosur, 2000), 487-504.

La insubordinación e incumplimiento de los estándares fijados por la Constitución y la ley para el actuar de la Administración implica, necesariamente, el surgimiento de responsabilidades que deberán ser perseguidas y sanciones jurídicas que deberán ser implementadas, todo ello para efectos de evitar -o resarcir, según sea el caso- que el ciudadano soporte consecuencias jurídicas desfavorables implementadas de manera indebida¹⁹. El *principio de responsabilidad* se erige, de esta forma, como un punto clave en un Estado de Derecho sano, exigiendo que quien ejerce el poder deba preocuparse -minuciosamente- de cumplir los postulados al Derecho vigente y someter su actuar al ordenamiento jurídico, puesto que, de lo contrario, los demás órganos del Estado estarán obligados para implementar en su contra -ya sea respecto del acto emitido ilegítimamente, como contra del sujeto investido para ejercer una potestad- las sanciones jurídicas que haya ideado el sistema normativo²⁰.

El control jurisdiccional será, entre otras, una de las maneras más eficaces para concretar un régimen de responsabilidad que permita la resistencia de los afectados a aquellas conductas, positivas o negativas, que cometan los órganos de la Administración cuando se alejan del principio de legalidad. Por ello, un Estado de Derecho en forma consolidará, como mecanismo de tutela secundaria -esto es, reaccionaria- un segundo estándar de sumisión de la Administración, esta vez al enjuiciamiento de los Tribunales de Justicia, a instancia de cualquier persona que vea afectados sus derechos o intereses²¹. Por ello, cualquier norma que pretenda excluir la posibilidad de control judicial de los actos administrativos, o crear ámbitos de inmunidad, sería inconstitucional, no solo desde una perspectiva positiva, sino por ser contraria a la esencia de todo texto constitucional: la limitación del poder.

Sin embargo, y debido a que la actuación de la Administración puede dar lugar a conflictos jurídicos de diversa naturaleza, el diseño judicial debe hacerse cargo de la creación de mecanismos adecuados para enfrentar aquellas discrepancias que materialmente sean de carácter administrativa (o

¹⁹ Martín Rebollo, Luis, *Jueces y responsabilidad del Estado* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), 9-10.

²⁰ Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional*. Tomo I. 2ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 133-134.

²¹ Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica* (Madrid: Fundación de Estudios de Regulación – Universidad Externado de Colombia, 2003), 91.

sea, regidas por la legislación administrativa), reconociendo los principios y axiomas rectoras de dicha actividad, así como las características especiales de la actuación pública en comparación a las actuaciones de privados. De esta manera surge -ya desde el *Arrêt Blanco* resuelto por el Consejo de Estado francés en 1873- la necesidad de implementar mecanismos judiciales adecuados e idóneos²² para conciliar las controversias jurídicas que tengan como protagonista al ejercicio de potestades por parte de la Administración, especialmente cuando aquellas hacen relación a la organización y funcionamiento de los servicios públicos²³.

Los Estados constitucionales modernos suelen enfrentar los conflictos administrativos -también denominados “contenciosos administrativos”- mediante el establecimiento de acciones y procedimientos judiciales entregados a las partes para que ellas puedan impugnar los actos administrativos ilícitos que les afecten. Así, por ejemplo, Briseño Sierra²⁴ presentará una clasificación -ya tradicional- de ellos utilizando como punto de comparación el tipo de pretensión impugnativa que podría ser deducida por el afectado para discutir la validez de dichas actuaciones administrativas (las que también son conocidas como “recursos contenciosos

²² Sin embargo, no se debe desconocer que el establecimiento de acciones o mecanismos judiciales entregados al ciudadano para poder someter a control las actuaciones de la Administración, ha de considerar que una de las principales características del “contencioso administrativo” es que la contraparte no actuará en base a intereses particulares, sino en miras de lograr alcanzar la mayor satisfacción de intereses generales tal como le mandata el principio de servicialidad del Estado y la prosecución del bien común. De esta forma, la creación de acciones y procedimientos contenciosos administrativos por parte del ordenamiento jurídico tendrá que conciliar los intereses y derechos individuales con los intereses colectivos, dando un matiz, por ende, a la “adecuación del procedimiento”, permitiendo la creación de “privilegios procesales” siempre que ellos no provoquen un entorpecimiento irracional o una desigualdad de partes injustificada. Véase Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2ª edición (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 99-100; Aróstica Maldonado, Iván. “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución”, *Ius Publicum*, n° 20 (2008): 93-96.

²³ Vergara Blanco, Alejandro, “Esquema del contencioso administrativo: Su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección”, en *Litigación Pública*, Coord. Arancibia Mattar, Jaime; Martínez Estay, José Ignacio y Romero Seguel, Alejandro (Santiago: Thomson Reuters, 2011), 37-38.

²⁴ Briseño Sierra, Humberto, *El proceso administrativo en Iberoamérica* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1968), 180-181.

administrativos”)²⁵, distinguiendo entre: (i) acciones de anulación, en las que se dota al juez del poder suficiente para invalidar y privar de efectos al acto administrativo vicioso; (ii) acciones de plena jurisdicción, que, como su denominación da a entender, confiere plenos poderes al Tribunal para proteger la posición jurídica individual pretendiendo, inclusive, la reparación del daño que se pueda haber ocasionado en virtud del acto ilegal; (iii) acciones de interpretación -que en Chile también son denominadas “de mera certeza”-, dirigidas a aclarar el sentido y alcance de un acto administrativo o de la ley que funda la dictación de dicha actuación, dotando al juez de un poder de “investigación” del significado de principios y reglas en un caso concreto, superando la obscuridad del acto estatal; y, (iv) acciones de represión o cautela, capaces de suspender los efectos perjudiciales del acto viciado para evitar que ellos se consoliden durante la sustanciación de una acción de anulación o de plena jurisdicción.

Con ello, y siguiendo a Ferrajoli, el Estado constitucional de Derecho reconoce la necesidad de contemplar garantías para proteger los derechos de las personas ante actos del propio Estado, lo cual se logrará mediante un robusto y sofisticado régimen de deberes jurídicos que puedan ser adjudicados por la autoridad judicial cuando se constate por ella la violación del derecho objetivo o de algún derecho subjetivo en particular:

“La segunda [garantía] es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez aplicar la sanción, es decir, la que he llamado garantía secundaria: ‘El derecho subjetivo [consiste] no en el presunto interés, sino en la protección jurídica’²⁶.

La efectiva protección jurídica, en estos términos, serán uno de los presupuestos esenciales -y la cláusula de cierre del control- dentro de un Estado de Derecho, puesto que sólo la existencia de Tribunales imparciales e independientes, a través de procedimientos adecuados e idóneos, pueden garantizar, en último término, el respeto del Derecho y su imperio²⁷.

²⁵ Ferrada Bórquez, Juan Carlos, *Justicia administrativa* (Santiago: DER Ediciones, 2020), 73-74.

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 8ª edición (Madrid: Editorial Trotta, 2016), 59-61.

²⁷ Heyde, Wolfgang, “La jurisdicción”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Ernesto, et al. 2ª edición (Madrid: Marcial Pons, 2001), 4.

2.3. Bases constitucionales del contencioso administrativo en Chile

El sistema constitucional chileno posee una regulación diferenciada respecto de los distintos presupuestos previamente revisados y que permiten dar forma al “contencioso administrativo”, destacando por la consagración de determinados principios -como el de legalidad y de responsabilidad- de forma expresa y con amplio desarrollo dogmático y jurisprudencial, mientras otros axiomas -como el principio de control derivado de la separación de funciones- han de ser construidos desde una interpretación sistemática de las normas constitucionales. Sin embargo, en donde más destaca la realidad nacional será en la falta de un pronunciamiento directo respecto del “contencioso administrativo” propiamente tal, o sobre los órganos judiciales encargados específicamente para desarrollar dicha labor.

Así, el Capítulo I de la Constitución vigente plantea la existencia de una serie de valores y principios rectores de la actividad estatal, instaurando las bases sobre las cuales se cimenta la institucionalidad vigente, siempre reconociendo como piedra angular al principio de servicialidad del Estado, manifestación de un mandato constitucional que obliga a todas las entidades públicas a contribuir en la creación y perfeccionamiento de las condiciones sociales que permitan la máxima realización material y espiritual de las personas, en plena comunión al respeto de sus Derechos Fundamentales²⁸. De esta forma, la construcción del Estado constitucional de Derecho chileno se erigirá sobre una serie de postulados basales dirigidos a consolidar el “bien común”: (i) El principio de supremacía constitucional, contemplado expresamente en el inciso primero del art. 6° de la Constitución; (ii) el principio democrático, tanto como fundamento de los procedimientos de

²⁸ “Como elemento axiológico, la servicialidad se construye a partir de una premisa básica: reconocer al Estado como un ente cuya existencia se orienta en el solo sentido de alcanzar el bien común. Así entendido, el Estado es un instrumento cuya esencia se halla en el deber de servir a la sociedad y a la persona, y no a sí mismo; por tanto, esta forma de organización política debe ser estimada, en todo momento, como un medio y no un fin. [...] La servicialidad aparece constitucionalmente asociada al fin último del Estado. Así, la organización política solo existe para alcanzar dicho propósito y, sin este elemento teleológico, su existencia carece de sentido. La instrumentalidad queda vinculada, entonces, a la existencia del Estado en sí, de manera que se extiende, en todo momento, a todas sus reparticiones y funciones. No admite distinción temporal, material u orgánica” (Ponce Correa, Patricio. “Servicialidad del Estado, no subsidiariedad: Hacia una reinterpretación del artículo 1 de la Constitución chilena de 1980”, *Revista de Derecho Público* [Universidad de Talca], n° 94 (2021), 141-142).

creación normativa, así como mecanismo de adopción de las decisiones políticas relevantes y elección de autoridades; (iii) la protección de Derechos Fundamentales, entregándose un mandato directo a todos los órganos del Estado para respetarlos y promoverlos como *thelos* principal de su actuación y resaltando el enfoque garantista del texto constitucional (eso explica que este principio posea un reconocimiento expreso tanto en el inciso cuarto de su artículo 1°, como en el inciso segundo del art. 5°); y, (iv) el principio de separación de funciones²⁹.

Sobre este último, cabe reconocer que la Constitución vigente no hace una mención expresa al mismo, sino que aquel se desprende de una construcción normativa que posee como regla principal aquella contemplada en el art. 4° del texto constitucional, cuando se reconoce a Chile como una “república”, complementada por el art. 76, que prohíbe al Presidente de la República y al Congreso Nacional ejercer labores judiciales, así como por la normativa que establece iniciativas legislativas o la acusación constitucional, entre otras manifestaciones de la coordinación y los contrapesos institucionales. En este sentido, es importante destacar la existencia del artículo 63 de la Constitución, cuando, profundizando la idea de la separación de funciones, reserva para el Congreso Nacional el tratamiento de un listado de asuntos dentro de los cuales se encontrarán la estructuración del funcionamiento administrativo.

Así, el principio de reserva legal tendrá como primera manifestación aquella cláusula, que en sus numerales 7°, 8°, 9° y 18 entregará solo a la ley la regulación que se debe satisfacer para el ejercicio de determinadas potestades administrativas (como la contratación de empréstitos o las normas basales sobre las cuales estructurar los procedimientos administrativos), sin perjuicio de que, para este trabajo, destacará en importancia lo señalado en el art. 63 N° 2 de la Constitución, cuando establece que sólo será materia de ley “las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”, remitiéndonos de esta forma a su art. 7° inciso segundo, al estipular que ningún órgano de la Administración del Estado podrá atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad, prerrogativa o potestades que los que expresamente le hayan sido conferidas en virtud de la propia Constitución o de una ley, consolidando, de esta forma, una

²⁹ Véase Soto Velasco, Sebastián, “La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo”, *Estudios Constitucionales* [Universidad de Talca], año 16, n° 2 (2018), 457 y ss.

primera faz del principio de legalidad: entender a la ley como la norma de creación de órganos y de asignación de competencias por antonomasia³⁰.

Por otro lado, la segunda cara del principio de legalidad en los términos revisados, esto es, el principio de vinculación positiva, se encuentra expresamente reconocido en el texto constitucional, especialmente en el inciso segundo del artículo 6°, complementado por el inciso primero del artículo 7°, cuando expresan que los preceptos del texto constitucional obligan a los órganos del Estado -y a sus titulares e integrantes-, los que sólo actúan válidamente dentro del ámbito de sus competencias y autoridades conferidas expresamente por una ley previa, y siempre que ella se ejecute en la forma prescrita por la normativa legal. En este sentido:

“[l]a idea central en la noción de imperio del derecho en Dicey es la limitación de la discrecionalidad de las autoridades por el derecho. Para Dicey el caso paradigmático de lo anterior está representado por la imposición de sanciones. En efecto, ellas solo se pueden establecer cuando existe ‘una infracción precisa a la ley’. En esto se manifiesta lo que Timothy Endicott ha llamado ‘el mejor aspecto de una preocupación por el Estado de Derecho: la determinación de no someter a las partes y a la comunidad a la voluntad arbitraria de un funcionario’. Las personas no están sujetas a la mera voluntad de otra persona que está en autoridad, sino fundamentalmente al derecho, el cual es aplicado por la autoridad, a la cual sirve de fundamento y límite”³¹.

Sin embargo, y como se aclaró anteriormente, ambas caras del principio de legalidad reconocidos en la Constitución Política requieren de tutelas secundarias o reactivas para consolidar, de esta forma, un sistema eficaz para velar por los derechos de los ciudadanos en sus interacciones con la Administración del Estado. Por ello, es común apreciar en los modelos constitucionales comparados, cláusulas expresas encargadas de dar pie a mecanismos judiciales “contenciosos administrativos” que den cuenta de la importancia del control jurisdiccional de los actos administrativos, tal como se puede apreciar en los arts. 95 de la Constitución alemana, 153 de la Constitución española, 212 de la Carta portuguesa, o 189 de la Constitución boliviana.

³⁰ Bronfman Vargas, Alan, Martínez Estay, José Ignacio y Núñez Poblete, Manuel, *Constitución Política comentada. Parte dogmática. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago: Abeledo Perrot, 2012), 40.

³¹ Candia Falcón, Gonzalo y Urbina, Francisco Javier, “Estado de Derecho y control jurisdiccional: Desafíos y tensiones”, *Revista de Derecho* [Universidad Católica del Norte], año 24, n°1 (2017): 110-111.

En Chile, dicha declaración posee una realidad dual, puesto que el texto constitucional posee declaraciones directas respecto de los principios de responsabilidad que darán vida a las acciones de nulidad y de plena jurisdicción, mientras que, por otro lado, se omitirá mención alguna respecto de la institucionalidad jurisdiccional encargada de conocer y resolver las acciones contencioso administrativa, por lo que se podría desprender que no constituiría una excepción a la regla general del control jurisdiccional ordinario en virtud, entre otras, de la plenitud jurisdiccional prevista en la propia Constitución.

En este sentido, el inciso final del art. 7° de la Constitución vigente establecerá que las actuaciones contrarias a los principios de reserva legal o de vinculación positiva serán “nulos”, y acarrearán las responsabilidades y sanciones que determine la ley. De esta norma, parte de la doctrina -con respaldo jurisprudencial- ha formulado la existencia de una verdadera “acción de nulidad”, entendida como un “mecanismo jurídico sancionador fundamental del Derecho Público [que consistiría] en la ineficacia de los actos estatales dictados en contravención al principio de juridicidad contemplado en los arts. 6° y 7° de la Constitución Política de la República³². Se trata en palabras de sus cultores de una ‘piedra angular’ del ordenamiento jurídico institucional chileno toda vez que su funcionalidad es dar eficacia al principio de legalidad y de Estado de Derecho³³. Así, y fundada en una interpretación más bien gramatical, es posible afirmar que el sistema constitucional conduce a privar de validez aquellas actuaciones ilegítimas de la Administración, alegándose por algunos, inclusive, un carácter “*ipso jure*” de los efectos de dicha nulidad, en virtud de una “*rationne publicae utilitatis*”³⁴.

La norma anterior debe ser complementada con lo establecido en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política, al reconocer que: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la res-

³² Para una revisión de la evolución de esta interpretación y de la “acción de nulidad de derecho público”, véase Agüero San Juan, Claudio, “La expresión ‘nulidad de derecho público’ en el Derecho chileno”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* [Universidad Carlos III de Madrid], n° 12 (2017).

³³ Jara Schnettler, Jaime, *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia* (Santiago: Libromar, 2004) 29.

³⁴ Pfeffer Urquiaga, Emilio, “La nulidad de derecho público; tendencias jurisprudenciales”, *Revista de Derecho Público* [Universidad de Chile], n° 67 (2005): 134.

ponsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. Según la doctrina, desde esta norma es posible apreciar una segunda faz de la responsabilidad judicial, ya no solo dirigida a anular o invalidar actos ilegítimos, sino a reparar las consecuencias jurídicas desfavorables que de aquel emanen, inclusive desde una perspectiva patrimonial. Sin perjuicio, no se debe desconocer que, a pesar de que esta norma consagra un claro principio de responsabilidad patrimonial por actos de la Administración del Estado, existe discusión sobre el presupuesto jurídico de imputación necesaria para el surgimiento de la obligación de reparar. La “falta de servicio”³⁵ se convertiría en el presupuesto modal para la procedencia de la responsabilidad, pero cuyo contenido es debatido, ya que aquel ha de contener el señalamiento de deberes relativamente determinados para la provisión de servicios públicos que se ven insatisfechos por la autoridad, o, por el contrario, da pie a un régimen de responsabilidad objetiva³⁶.

Sin embargo, lo relevante de la normativa citada -arts. 7° y 38 de la Constitución- para efectos de este artículo, es que establecerán una “reserva legal” para la implementación de un sistema de acciones generales o especiales a través de las cuales concretar, posteriormente, el régimen de responsabilidad derivado de actos u omisiones ilegales y las correspondientes sanciones y mecanismos de reparación que sean procedentes para salvaguardar los derechos de los afectados. Lamentablemente, en este aspecto existe uno de los principales problemas del sistema contencioso administrativo nacional, puesto que no existe, en primer término, una legislación procedimental común o basal que permita configurar un procedimiento general contencioso administrativo con principios rectores comunes, caracterizándose, por ende, por ser un sistema caótico y desordenado, compuesto por un gran número de legislaciones especiales encargadas de regular mecanismos contenciosos administrativos particulares, con naturalezas, procedimientos y principios diversos³⁷, como los encontrados en el art. 151 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, la acción

³⁵ Dicho concepto no posee reconocimiento en la Constitución vigente, sino en un estatuto de carácter legal (artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).

³⁶ Marshall Barberán, Pablo y Muñoz León, Fernando, *Derecho Constitucional. El sistema de gobierno y sus órganos* (Santiago: Tirant lo Blanch, 2021), 150-151.

³⁷ En este sentido, importantes es el trabajo recopilatorio de las diversas acciones contencioso-administrativas de Carmona Santander, Carlos, “El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003”, en *La Justicia Administrativa*, Coord. Ferrada Bórquez, Juan Carlos (Santiago: Lexis Nexis, 2005), 183-240.

de impugnación en contratación pública de la Ley N° 19.886, las diversas acciones tributarias contempladas en el Código Tributario o el régimen de responsabilidad ambiental regulado en la Ley N° 20.600, que, en palabras de Pereira Anabalón, “no puede ser más inorgánico, falta de técnica y de sistema, el mecanismo nacional vigente para la composición de los conflictos administrativos”³⁸.

La segunda gran problemática respecto del régimen contencioso administrativo, como se adelantó, hace relación con la falta de mención respecto de la existencia de una judicatura contencioso-administrativa, a diferencia de lo ocurrido en textos constitucionales anteriores. Como bien se sabe, el art. 87 de la Constitución de 1925 creaba los “Tribunales Administrativos” encargados de resolver las reclamaciones que se interpusieran contra actos arbitrarios dictados por autoridades administrativas, reemplazando de esta forma al Consejo de Estado que contemplaba la Constitución de 1833. Con esta norma, la Constitución de 1925 quería tribunales integrados por miembros permanentes, independientes, especializados, capaces de defender a los particulares en contra del Poder Estatal³⁹. Pero, a pesar del claro mandato constitucional, la ley de atribuciones y organización de los Tribunales Administrativos nunca fue dictada.

³⁸ Pereira Anabalón, Hugo, “Unidad de Jurisdicción y justicia administrativa en el Derecho chileno”, en *Revista de Derecho Público* [Universidad de Chile], n° 12 (1971), 50.

³⁹ “Don Ezequías Allende insinuó decir ‘Habrán Tribunales Administrativos para amparar a los funcionarios públicos...’, lo que no aceptó el Presidente Alessandri, porque ‘También los particulares pueden sufrir perjuicios por algunas resoluciones arbitrarias de las autoridades administrativas o políticas’. El Secretario, Sr. Fernando Alessandri, hizo una entusiasta defensa de esta creación diciendo que los particulares podían reclamar: ‘por ejemplo, en el caso de una jubilación o de una renovación de una sociedad anónima y todos los actos del Presidente de la República que deban ejecutarse de acuerdo con los requisitos establecidos por las leyes y que no están entregados al conocimiento de los Tribunales, porque es tanta la necesidad de que estos actos puedan ser revisados por algún tribunal, que aún hoy día algunas Cortes de Apelaciones se han creído autorizadas para ello no obstante su clara incompetencia... lo que se pretende es que de los actos de las autoridades administrativas que deban ejecutarse de acuerdo con las leyes y que no queden sometidos a la revisión de los tribunales ordinarios pueda reclamarse a estos Tribunales Administrativos. Son tribunales encargados de lo contencioso administrativo’. [...] Por asentimiento tácito se dio por rechazada la indicación del Sr. Allende y se aceptó la propuesta de don Fernando Alessandri”. Silva Bascuñán, Alejandro, *Tra-tado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1925 II*. Tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1963) 423-424.

La versión original de la Constitución de 1980 mantuvo la promesa constitucional de crear una judicatura especializada en lo contencioso administrativo⁴⁰, estableciendo en la versión original del inciso segundo del artículo 38 que “[c]ualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. Esta promesa nuevamente descansó en la regulación de los tribunales a la ley, generando dudas respecto de repetir el problema creado por la Constitución de 1925. En palabras de Ríos:

“[...] el alcance preciso de la disposición es aún más extenso. La ley deberá establecer las normas y contener los principios a los cuales quedará sujeta la responsabilidad extracontractual del Estado, así como la responsabilidad de los funcionarios y el modo de hacerla efectiva. Deberá contemplar, en lo posible, un procedimiento más idóneo y expedito que los ordinarios de nuestro ordenamiento procesal. Deberá, por último, contener ‘la forma que la ley determine’ para la ejecución de las resoluciones de esta judicatura especial, del modo que consulta la parte final del inc. 39 del art. 73 de la nueva Constitución. Suponer la hipótesis, que ya descartamos, de que el inciso 2°

⁴⁰ Promesa que también se apreciaba en la propuesta de nueva Constitución elaborada por la Convención Constitucional (2022), cuyo artículo 332 señalaba: “1. Los tribunales administrativos conocen y resuelven las acciones dirigidas en contra de la Administración del Estado o promovidas por esta y las demás materias que establezca la ley.

2. Para su conocimiento y resolución la ley establecerá un procedimiento unificado, simple y expedito.

3. Habrá al menos un tribunal administrativo en cada región del país y podrán funcionar en salas especializadas.

4. Los asuntos de competencia de estos tribunales no podrán ser sometidos a arbitraje”.

Sin embargo, en el artículo siguiente -artículo 333- de la propuesta, también se optaba por la creación de un tribunal administrativo especial, de carácter ambiental: “1. Los tribunales ambientales conocerán y resolverán acerca de la legalidad de los actos administrativos en materia ambiental, de la acción de tutela de derechos de la naturaleza y derechos ambientales, de la reparación por daño ambiental y las demás que señalen la Constitución y la ley.

2. Habrá al menos un tribunal ambiental en cada región del país.

3. La ley regulará la integración, competencia y demás aspectos que sean necesarios para su adecuado funcionamiento.

4. Las acciones para impugnar la legalidad de los actos administrativos que se pronuncien sobre materia ambiental y la solicitud de medidas cautelares podrán interponerse directamente ante los tribunales ambientales, sin que pueda exigirse el agotamiento previo de la vía administrativa”.

del art. 38 postergaría indefinidamente la vigencia de una justicia contencioso administrativa, y obrar sobre la base de tan absurdo supuesto, importaría retroceder a un pasado de medio siglo de frustración constitucional -en lo que a la garantía de impetrar justicia se refiere- y regresar a una situación de vacío jurisdiccional que no sólo es inconcebible en el grado de madurez de nuestra conciencia política, sino que no podría compatibilizarse ni con las bases de nuestra institucionalidad, tan brillantemente estructuradas en el Acta Constitucional N°2, ni con el concepto y la vigencia de un Estado de Derecho⁴¹.

Pero, como bien se sabe, dicha ley tampoco fue dictada durante los primeros años de la Constitución de 1980, decidiéndose rectificar su redacción para entregar la competencia (declaraciones de falta de jurisdicción) de estos asuntos a la judicatura ordinaria, evitando de esta forma los problemas de competencia que se habían generado, especialmente desde el caso “Parra con Municipalidad de Temuco”⁴². El nuevo inciso segundo del artículo 38, rectificado en las reformas de 1989, mantendría un mandato a la ley para fijar los Tribunales habilitados para conocer y resolver, pero permitiendo que, a falta de ella, subsidiariamente pudiese actuar el órgano jurisdiccional de competencia residual: los jueces de letras en lo civil, a través del procedimiento civil ordinario de mayor cuantía, siempre que no se dictase una legislación especial.

Es por ello que, hoy en día, tenemos un régimen de jurisdicciones especiales creado durante las últimas décadas, caracterizado por la diversificación de órganos y procedimientos judiciales para su conocimiento, dándose lugar a tribunales especializados y concentrados en controlar los actos administrativos de un área específica normalmente vinculada a un sector económico relevante, manteniendo, eso sí, un grado de supervigilancia por la Corte Suprema. Dentro de estos tribunales especiales encontraremos al Tribunal de Contratación Pública (Ley N°19.886), Tribunal de Propiedad Intelectual (Ley N°19.039); Tribunales Tributarios y Aduaneros (Código Tributario); Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Decreto Ley N°211), tribunales arbitrales, paneles de expertos, Tribunal de Cuentas (Ley N°10.336), y los Tribunales Ambientales (Ley N°20.600), respecto de los cuáles y, en particular, nos pronunciaremos en el apartado siguiente de este trabajo.

⁴¹ Ríos Álvarez, Lautaro, “Los tribunales de lo contencioso administrativo y el artículo 38 de la nueva Constitución”, *Revista de Derecho Público* [Universidad de Chile], n° 29 (1981): 208.

⁴² Corte Suprema, fallo caratulado “Parra con Municipalidad de Temuco”, dictado en fecha 6 de marzo de 1989, disponible en *Revista Gaceta Jurídica*, n° 105, 28 y ss.

3. LA ESPECIALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN AMBIENTAL: EL CASO DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

La aludida jurisdicción especializada ambiental, resulta ser de las últimas sedes especiales del contencioso-administrativo en construirse dentro del ordenamiento jurídico chileno, como consecuencia no sólo de la creciente relevancia de la denominada tutela ambiental sino que además producto tanto de la vorágine de contencioso administrativo en sede de protección ambiental como del diseño e implementación de la nueva institucionalidad medioambiental que arranca con la modificación a la Ley N° 19.300, a partir de la Ley N° 20.417, de 2010, que sienta las bases para la creación del Ministerio del Medio Ambiente, la transformación de la CONAMA en el Servicio de Evaluación Ambiental y la irrupción de la Superintendencia del Medio Ambiente, con la frustrada creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP), junto con la anhelada por muchos Corporación Nacional Forestal (CONAF) pública.

Pues bien, todo el ecosistema normativo, regulatorio, fiscalizador y sancionatorio implementado durante la pasada década hicieron necesario, como corolario del mismo, la creación e implementación de una justicia ambiental especializada, la cual fue implementada a través de la dictación de la Ley N° 20.600, de 2012, que crea los denominados “Tribunales Ambientales”.

Como bien se comprenderá, nuestro trabajo no pretende efectuar un análisis pormenorizado de los tribunales ambientales⁴³, su integración, su competencia, ni su jurisprudencia durante la última década, sino reflexionar en relación con los cambios que se han esbozado tanto en el fallido borrador de propuesta constitucional de 2022, como las perspectivas que se avizoran con miras al proceso constituyente que prosigue en nuestro país y que culminará con una propuesta constitucional sometida a plebiscito ratificatorio durante finales del 2023.

3.1. Los Tribunales Ambientales en el borrador de texto constitucional de 2022

Pese al resultado del plebiscito de salida respecto de la propuesta elaborada por la Convención Constitucional durante 2022, resulta interesante

⁴³ Sobre este aspecto, resulta interesante revisar, Ferrada Bórquez, Juan Carlos (editor), *La Justicia Ambiental ante la Jurisprudencia. Actas de las III Jornadas de Justicia Ambiental*. Coedición Primer Tribunal Ambiental y DER Ediciones.

pasar revista al contenido de esta tanto en lo que refiere a la jurisdicción ambiental como en el contencioso-administrativo en general.

De esta manera, la propuesta establecía los aludidos tribunales ambientales dentro de los denominados “Sistemas de justicia”, procediéndose nuevamente a consagrar la creación de los tribunales administrativos al señalarse, en el art. 331, que “1. Son tribunales de instancia los civiles, penales, de familia, laborales, de competencia común o mixtos, administrativos, ambientales, vecinales, de ejecución de pena y los demás que establezcan la Constitución y ley”. Además, el artículo 332 complementaba lo anterior indicando que “[l]os tribunales administrativos conocen y resuelven las acciones dirigidas en contra de la Administración del Estado o promovidas por esta y las demás materias que establezca la ley. 2. Para su conocimiento y resolución la ley establecerá un procedimiento unificado, simple y expedito. 3. Habrá al menos un tribunal administrativo en cada región del país y podrán funcionar en salas especializadas. 4. Los asuntos de competencia de estos tribunales no podrán ser sometidos a arbitraje”.

Por otra parte, la propuesta imponía que todos los jueces deberían ser letrados, esto es, abogados, al señalar el art. 348 que:

“[p]ara acceder a un cargo de jueza o juez dentro del Sistema Nacional de Justicia se requerirá haber aprobado el curso de habilitación de la Academia Judicial para el ejercicio de la función jurisdiccional; contar con tres años de ejercicio de la profesión de abogada o abogado para el caso de tribunales de instancia; con cinco años para el caso de las cortes de apelaciones, y con veinte años para el caso de la Corte Suprema, y los demás requisitos que establezcan la Constitución y la ley importando la necesidad de readecuar todas aquellas normas que contemplan expresamente la existencia de tribunales mixtos como acontece con el Tribunal de Libre Competencia y los mismos tribunales ambientales”.

Por su parte, el borrador también entraba derechamente a regular la jurisdicción ambiental al disponer, en su art. 333 que:

“1. Los tribunales ambientales conocerán y resolverán acerca de la legalidad de los actos administrativos en materia ambiental, de la acción de tutela de derechos de la naturaleza y derechos ambientales, de la reparación por daño ambiental y las demás que señalen la Constitución y la ley. 2. Habrá al menos un tribunal ambiental en cada región del país. 3. La ley regulará la integración, competencia y demás aspectos que sean necesarios para su adecuado funcionamiento. 4. Las acciones para impugnar la legalidad de los actos administrativos que se pronuncien sobre materia ambiental y la solicitud de medidas cautelares podrán interponerse directamente ante los tribunales ambientales, sin que pueda exigirse el agotamiento previo de la vía administrativa”.

3.2. Perspectivas de la justicia ambiental: consideraciones respecto del entramado normativo dado por la propuesta constitucional de 2022

Ciertamente, pareciera que uno pudiese agrupar algunas reflexiones respecto de la jurisdicción ambiental tanto desde la perspectiva general (dada su condición de contencioso administrativo), como particular en atención a su especial materia de competencia.

Preliminarmente, cabe discurrir respecto de la conveniente de consagrar y regular tribunales contenciosos administrativos y/o ambientales (de manera independiente o subsumidos en los primeros), en el texto de una nueva Constitución. Al respecto, más allá de la decimonónica discusión sobre la pertinencia o no de los Tribunales Contenciosos junto a su fallida consagración en el art. 87 de la Constitución de 1925, convendría plantear que si bien podría establecerse su creación en la Constitución, ello, no debiera extenderse a la regulación propiamente tal de su estructura y funcionamiento como profundizaba la propuesta constitucional de 2022, debiendo ello quedar entregado a un mandato legislativo y, en ciertos aspectos, incluso al respectivo Auto Acordado necesario para su adecuado funcionamiento.

Desde una mirada general, resultan -con independencia de configurar o no tribunales administrativos o de lo contencioso-administrativo, independientes del Poder Judicial- ello, no debería alcanzar una jurisdicción especial como la que se ha venido desarrollando a partir de la creación e instalación de los tribunales ambientales, es decir, debiera mantener subsistentes los tribunales ambientales como un contencioso especial.

Sin perjuicio de ello y ya desde una visión más bien particular, nos parece importante detenernos en la necesidad de mantener la integración mixta del Tribunal, esto es, integrado con jueces abogados y no abogados, dada la contribución entregada a la discusión por profesionales provenientes de ciencias ambientales afines. Una situación similar acontece con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, integrado tanto por abogados como por economistas y que, corría la misma suerte del Tribunal ambiental en el borrador de nueva Constitución al devenir en un tribunal letrado.

Ahora bien, sin duda alguna y más allá de la Constitución, lo relevante resultará, dependiendo de la definición del contencioso general que prevea la próxima propuesta de Carta Fundamental, la necesidad de adecuación que demande para la Ley especial que crea la regulación y funcionamiento de los tribunales ambientales respecto de materias procedimentales, recursivas y competenciales, por citar algunas de ellas.

4. CONCLUSIÓN

Resulta a todas luces importantísimo el “fondo” y la “forma” como nuestro constituyente proceda a establecer las bases de la solución de controversias que se susciten entre la Administración del Estado y los particulares. Más aún en el contexto de un sistema que tradicionalmente ha encomendado la composición de dichos conflictos a la jurisdicción ordinaria de nuestros tribunales de justicia. Ello, en todo caso, no obsta considerar la complejidad de las relaciones que se van suscitando en las más diversas esferas del quehacer humano, y entre ellas, ciertamente en lo que respecta a la interacción del individuo con su entorno.

En vista de lo anterior, y sin perjuicio de la segura discusión que se librará durante el proceso constituyente respecto mantener el *status quo* con respecto a la regulación del contencioso-administrativo o innovar (reincidir) con el advenimiento de los tribunales administrativos o de lo contencioso-administrativo, lo cierto, es que pareciera fundamental ser deferente con la jurisdicción especial que se ha ido forjando en paralelo al nudo de lo contencioso administrativo, fortaleciendo su institucionalidad con pilares esenciales a nivel del texto constitucional pero con una bajada pormenorizada entregada al legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- Agüero San Juan, Claudio. “La expresión ‘nulidad de derecho público’ en el Derecho chileno”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* [Universidad Carlos III de Madrid], n° 12, (2017).
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Madrid: Fundación de Estudios de Regulación – Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Aróstica Maldonado, Iván. “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución”, en *Ius Publicum*, n° 20 (2008).
- Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. 3ª edición. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- Brewer Carías, Allan. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, vol. I. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013.
- Briseño Sierra, Humberto. *El proceso administrativo en Iberoamérica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.
- Bronfman Vargas, Alan, Martínez Estay, José Ignacio y Núñez Poblete, Manuel. *Constitución Política comentada. Parte dogmática. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Abeledo Perrot, 2012.

- Candia Falcón, Gonzalo y Urbina, Francisco Javier. “Estado de Derecho y control jurisdiccional: Desafíos y tensiones”, *Revista de Derecho* [Universidad Católica del Norte], año 24, n° 1 (2017).
- Cazor Aliste, Kamel. “Constitucionalismo y umbral democrático en Chile: Hacia una nueva teoría constitucional”, *Revista Ius et Praxis* [Universidad de Talca], año 13, n° 1 (2001).
- Cazor Aliste, Kamel. *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*. Tomo I. Santiago: Universidad Central de Chile, 2002.
- Carmona Santander, Carlos. “El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003”, en *La justicia administrativa*, Coord. Ferrada Bórquez, Juan Carlos. Santiago: Lexis Nexis, 2005.
- Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 2ª edición. Santiago: Thomson Reuters, 2015.
- De la Oliva Santos, Andrés. “Tres tópicos falsos sobre el derecho y un colofón para juristas”, *Revista Judicial (Revista Mexicana de Justicia)*, n° 4 (2004).
- De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.
- Díez Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 4ª edición. Navarra: Thomson Reuters – Editorial Civitas, 2013.
- Fernández, Tomás-Ramón. “Principio de legalidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo III. Madrid: Editorial Civitas, 1995.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos (ed.). *La Justicia Ambiental ante la Jurisprudencia. Actas de las III Jornadas de Justicia Ambiental*. Coedición Primer Tribunal Ambiental y DER Ediciones, 2022.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. *Justicia administrativa*. Santiago: DER Ediciones, 2020.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo II. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 8ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 9ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 2005.
- Häberle, Peter. *El Estado constitucional*, 2ª edición. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John. “Análisis y explicación del principio de separación de poderes”, en *El federalista*. Traducción por Ortúzar, Pablo, Santiago, Chile. Instituto de Estudios de la Sociedad (2018).
- Heyde, Wolfgang. “La jurisdicción”, en *Manual de Derecho Constitucional*. Benda, Ernesto, et al, 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- Hesse, Konrad. “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*. Benda, Ernesto, et al, 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- Jara Schnettler, Jaime. *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Santiago: Libromar, 2004.

- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª edición. Traducción por Gallego Anabitarte, Alfredo. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 5ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1965.
- Marshall Barberán, Pablo y Muñoz León, Fernando. *Derecho Constitucional. El sistema de gobierno y sus órganos*. Santiago: Tirant lo Blanch, 2021.
- Pantoja Bauzá, Rolando. “Del principio de la legalidad al principio de juridicidad”, en *La Administración del Estado de Chile, decenio 1990-2000*. Santiago: Editorial Conosur, 2001
- Pereira Anabalón, Hugo. “Unidad de Jurisdicción y justicia Administrativa en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho Público* [Universidad de Chile], n° 12 (1971).
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. “La nulidad de derecho público; tendencias jurisprudenciales” *Revista de Derecho Público* [Universidad de Chile], n° 67 (2005).
- Ponce Correa, Patricio. “Servicialidad del Estado, no subsidiariedad: Hacia una reinterpretación del artículo 1 de la Constitución chilena de 1980”, *Revista de Derecho Público* [Universidad de Chile], n° 94 (2021).
- Ríos Álvarez, Lautaro. “Los tribunales de lo contencioso administrativo y el artículo 38 de la nueva Constitución”, *Revista de Derecho Público* [Universidad de Chile], n° 29 (1981).
- Martín Rebollo, Luis. *Jueces y responsabilidad del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional. La Constitución de 1925 II*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- Soto Velasco, Sebastián. “La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo”, *Estudios Constitucionales* [Universidad de Talca], año 16, n° 2 (2018).
- Valdivia, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Verdugo Marinkovic, Mario, Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Vergara Blanco, Alejandro. “Esquema del contencioso administrativo: Su tendencia hacia mixto y situación actual del recurso de protección”, en *Litigación Pública*, Coords. Arancibia Mattar, Jaime; Martínez Estay, José Ignacio y Romero Seguel, Alejandro. Santiago: Thomson Reuters, 2011.
- Zagrebelsky, Gustavo, Marceno, Valeria y Pallante, Francesc. *Manual de Derecho Constitucional*. Traducción por Moreno More, César. Lima: Zela editores, 2020.

Justicia Ambiental a nivel europeo y español

IÑIGO SANZ RUBIALES¹

SUMARIO: 1. *La interrelación entre Derecho Europeo y Derecho Español en medio ambiente y sus efectos en la competencia judicial.* 1.1. *La justificación europea de la normativa ambiental.* 1.2. *El juez del derecho comunitario ambiental.* 2. *El porqué del cuasi-monopolio de lo ambiental en la jurisdicción contencioso-administrativa en España.* 3. *Los problemas principales a los que se enfrenta la tutela ambiental en vía judicial.* 3.1. *La legitimación con base en intereses difusos.* 3.2. *Control de la discrecionalidad técnica y prohibición de sustitución de la administración ambiental, algunas manifestaciones.* a. *Técnicas de subsunción vs. técnicas de ponderación: su control judicial.* b. *La incidencia del principio de precaución en el control judicial.* 3.3. *La consideración del control judicial desde la perspectiva de los servicios ambientales.* 3.4. *Los problemas de la especialización de los jueces.* 4. *Conclusiones. Bibliografía.*

1. LA INTERRELACIÓN ENTRE DERECHO EUROPEO Y DERECHO ESPAÑOL EN MEDIO AMBIENTE Y SUS EFECTOS EN LA COMPETENCIA JUDICIAL

1.1. La justificación europea de la normativa ambiental

La Unión Europea es heredera de las Comunidades Europeas, surgidas en los años cincuenta del siglo pasado con la finalidad de crear un mercado común entre los países de Europa (en ese momento solo las integraban seis; actualmente son veintisiete). Los Tratados fundacionales no mencionaban en ningún momento el medio ambiente. En esos momentos posteriores a la II Guerra Mundial no existía preocupación ambiental alguna y sí, sin embargo, un enorme interés por la creación de un mercado común, por la supresión de aranceles entre Estados europeos y la constitución de un arancel común con los Estados ajenos a la Comunidad (CEE).

Sin embargo, con el paso del tiempo se comprobó que las condiciones ambientales podían repercutir en la unidad de mercado (mediante exigencias mayores o normas más estrictas sobre vertidos u emisiones en

¹ Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, España. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid.

unos Estados que en otros) y con ello generar distorsiones comerciales por razón de la ubicación de las correspondientes industrias. Aunque no había todavía entonces una disposición habilitante para la regulación del medio ambiente en el Tratado, sin embargo, se empezaron a incorporar las primeras directivas sobre vertidos y emisiones justificadas en la denominada “cláusula escoba” (art. 235 TCE), que permitía a la Comunidad adoptar las medidas necesarias para asegurar la unidad de mercado.

Sólo a partir de 1986, mediante el Acta Única Europea, se incorporan un conjunto de disposiciones al Tratado dirigidas a encuadrar la política ambiental comunitaria y a legitimar la actuación de las instituciones de la Comunidad en la protección de los diversos aspectos del ambiente: objetivos, límites, principios rectores.

De acuerdo con el art. 133 R-S-T del Acta Única, hoy reflejado con escasas alteraciones en el Título XX del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 191-193), corresponde a los Estados miembros la ejecución y financiación de la política comunitaria ambiental (art. 192.4: “Sin perjuicio de determinadas medidas adoptadas por la Unión, los Estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente”).

Esta política ambiental europea se viene desarrollando en el marco de los principios ambientales de prevención, precaución o cautela, *quien contamina, paga* y de corrección (art. 191.2 TFUE), sobre todo en la adopción de Directivas, dirigidas a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros y que obligan a estos por el resultado. Es, por tanto, necesario que los Estados dicten normas de transposición de las Directivas, sin perjuicio del papel de la Unión en las escasas materias –normalmente no de competencia ambiental “pura”- en que dicta reglamentos directamente aplicables y vinculantes para los ciudadanos europeos.

Este es el motivo por el cual la mayor parte de las leyes ambientales generales españolas contienen disposiciones que transponen directivas europeas en la materia².

² Sobre esta materia, *in extenso*, véase Plaza Martín, C., *Derecho Ambiental de la Unión Europea* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005).

1.2. El juez del derecho comunitario ambiental

El juez ordinario del derecho comunitario es el poder judicial de los Estados miembros. Es decir, si quien aplica el Derecho comunitario en condiciones normales es el Estado miembro (poder legislativo y administración pública), el que lo aplica en condiciones de conflicto es el mismo Estado miembro (poder judicial). Y por razones de competencia, son en España los Tribunales Superiores de Justicia (de ámbito territorial coincidente con las Comunidades Autónomas) los que asumen la mayor parte de las demandas, porque a estas administraciones autonómicas les corresponde la ejecución, en general, de las competencias ambientales en España: el papel de la Administración del Estado y de las Administraciones Locales es, en buena medida, residual.

El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es el de un Tribunal superior en materias estrictamente europeas, y no puede anular actuaciones legales o administrativas de los Estados, porque carece de potestad ejecutiva dentro de estos: únicamente podrá declarar contrarias al derecho comunitario las medidas legales o administrativas adoptadas (o la mera pasividad, en su caso), mediante el recurso de incumplimiento del art. 260 TFUE: “Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal”.

De acuerdo con ello, son los tribunales internos los que se hacen cargo de la aplicación correcta del derecho ambiental, sin perjuicio de la posibilidad de que se termine planteando, por el órgano superior de nuestra jurisdicción (el Tribunal Supremo) la posible cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (art. 267 TFUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. (...)”).³ En relación con

³ Así lo establece, en relación con las decisiones europeas que se entienden contrarias al derecho comunitario la conocida sentencia del Tribunal europeo en el asunto C-6/99 de 21 de marzo de 2000. *Association Greenpeace France y otros contra Ministère de l'Agriculture et de la Pêche y otros*, “cuando la aplicación administrativa de

la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la UE ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre diversos aspectos de la normativa ambiental de los Estados miembros, en relación con diversas técnicas. Destaca, sin duda alguna, la evaluación de impacto ambiental (la técnica que más controversias judiciales ha generado), pero también ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre las materias de residuos, de calidad de las aguas, de calidad de la atmósfera, de biodiversidad, etc. Sus criterios interpretativos son vinculantes para las jurisdicciones nacionales.

2. EL PORQUÉ DEL CUASI-MONOPOLIO DE LO AMBIENTAL EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

La inmensa mayor parte de los conflictos ambientales judicializados en España recaen en la Jurisdicción contencioso-administrativa⁴. Los Tribunales penales van incrementando paulatinamente su carga de trabajo en esta materia, pero no alcanzan, ni de lejos, las cifras de aquella jurisdicción.

El motivo de esta masiva carga de trabajo deriva de la propia razón de ser del Derecho ambiental y de la configuración jurídica de los recursos naturales.

En efecto, la Constitución española atribuye a los poderes públicos la responsabilidad de velar por la protección del ambiente; en concreto, el art. 45.2 establece:

“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”.

Esta responsabilidad de los poderes públicos –atribuible a los tres tradicionales- supone que la Administración pública, en su actividad de policía general (entiéndase en sentido amplio, no en el sentido estricto de seguri-

una decisión comunitaria corresponde a las autoridades nacionales, la protección jurisdiccional garantizada por el Derecho comunitario incluye el derecho de los justiciables a impugnar la legalidad de esta decisión ante el órgano jurisdiccional nacional y pedir a éste que plantee al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales de apreciación de la validez de dicha decisión” (n. 54).

⁴ Véase, al respecto, Lozano Cutanda, B., *Derecho ambiental y climático* (Madrid: Dykinson, 2022), 128.

dad ciudadana) deberá asegurar mediante sus potestades que los recursos naturales son utilizados racionalmente.

Pero más en concreto, el párrafo siguiente del mismo precepto apunta a varias potestades (además de la judicial penal) específicas que deberá utilizar la Administración para asegurar la viabilidad de esa función de vigilancia:

“Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Este mandato al legislador curiosamente plantea la potestad sancionadora administrativa como supletoria de la penal y no establece qué poder público estará encargado de exigir la obligación de reparar el daño causado.

A pesar de ello, la realidad es contundente: frente a las alusiones mínimas contenidas en el Código Penal en relación con los delitos ambientales (arts. 325 y ss.), prácticamente todas las leyes sectoriales de protección del ambiente contienen una generosa regulación de las infracciones y sanciones administrativas, y la exigibilidad de la obligación de reparar el daño causado al ambiente se atribuye a la Administración competente, tanto por algunas normas reguladoras de recursos ambientales (Ley de Aguas -art. 118.1-, Ley de montes -art. 77-, Ley de Biodiversidad -art. 79.2-) como por la Ley general de Responsabilidad Ambiental (arts. 41-49)⁵.

En definitiva, tanto por la habilitación general -art. 45.2- como por la específica-45.3- las Administraciones públicas tienen competencias de protección del ambiente, que la legislación ordinaria ha acogido, sistematizado y aplicado generosamente.

En el caso español hay que añadir una circunstancia definitiva justificadora del importante papel de la Administración: la titularidad administrativa de numerosos recursos: el dominio público hidráulico (arts. 1.3 y 2 Texto Refundido de la Ley de Aguas, TRLA), las costas (art. 132.2 CE), los montes demaniales (art. 12.1 Ley 43/2003, de Montes, LM), y la titularidad colectiva de otros, como la atmósfera (Preámbulo de la Ley 34/2007 de

⁵ Esta exigibilidad unilateral de la obligación de reparar debe venir prevista por Ley, porque se trata de una manifestación de la autotutela declarativa y ejecutiva que supone que los jueces y tribunales únicamente actuarán en caso de recurso contra esta actuación. Véase al respecto, por todos, Sanz Rubiales, Í., “La exigencia administrativa de responsabilidad por daños al medio ambiente”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 23 (2012): 147 y ss.

calidad del aire y protección de la atmósfera). El ordenamiento español reconoce la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de los bienes *demaniales* (art. 132.1 CE, art. 6 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP), lo que expulsa en buena medida al Derecho civil de su regulación, porque elimina algunas de las facultades propias de la propiedad (básicamente, el poder de disposición); es discutible si el dominio público es, simplemente una potestad o una propiedad especial, pero en todo caso implica la regulación por el Derecho público y no privado. En el caso del recurso “atmósfera” estamos hablando de un bien sin calificación jurídica concreta; desde un punto de vista físico es inapropiable y de uso colectivo; desde el punto de vista jurídico se podría calificar de un bien colectivo (como dice la Exposición de Motivos de la Ley 34/2007), lo que en términos de derecho romano se podría denominar *res communis omnium*. En todo caso, tampoco aparece bajo la influencia del Derecho privado.

Únicamente queda como recurso natural típicamente apropiable el suelo. Es esta “apropiabilidad” la que llevó a entender a algunos especialistas inicialmente que los suelos no pertenecían al “medio ambiente” desde una perspectiva jurídica, porque bastaría –en abstracto– con el código civil para su protección. Sin embargo, la separación entre propiedad y competencia (clara en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional) aboga por la intervención pública también en suelos de propiedad privada por razón del importante papel ambiental –como soporte de vida, asiento de acuíferos, etc.– que cumple este recurso.

En definitiva, tanto la policía (o control de la actividad privada para asegurar su ajuste al ordenamiento ambiental y a los intereses públicos vinculados al medio ambiente) como la titularidad pública o colectiva de algunos de los recursos públicos esenciales implican un protagonismo público ineludible, de la Administración y del Derecho Administrativo. Las demás ramas del Derecho público son marginales. Lo estrictamente civil se escapa, en la práctica, de este escenario.

Si la protección del medio ambiente implica a la Administración pública en el ejercicio de sus potestades de policía y de protección del dominio, necesariamente deben ser los jueces especializados, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo los competentes para resolver los conflictos relativos a la prevención y corrección de los daños al ambiente, porque corresponde a esta Jurisdicción el conocimiento de las pretensiones en relación con la actuación de las Administraciones públicas (art. 1.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

3. LOS PROBLEMAS PRINCIPALES A LOS QUE SE ENFRENTA LA TUTELA AMBIENTAL EN VÍA JUDICIAL

Frente a los problemas habituales de la tutela judicial en vía contenciosa, en materia de medio ambiente se destacan otros, relativos sobre todo a la legitimación y al control de la discrecionalidad en sus diversas versiones “ambientales”. Ni la tutela cautelar ni la ejecución de sentencias –por citar algunos de los más conocidos problemas del contencioso– destacan especialmente cuando se trata de aplicar derecho ambiental. Pero el acceso a la justicia y el control de las actuaciones públicas realizadas en ejercicio de la discrecionalidad técnica constituyen la piedra de toque de la capacidad de nuestros tribunales de tutelar efectivamente el medio ambiente.

3.1. La legitimación con base en intereses difusos

Son numerosos los problemas que plantea la tutela judicial del medio ambiente; muy posiblemente el más destacado sea el de la legitimación para el acceso a esta tutela. En efecto, en materia ambiental el juego de los derechos subjetivos-intereses legítimos es relativamente reducido, y son habituales los intereses difusos.

En efecto, para acceder a la tutela judicial debe haber una previa lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos, como establece el art. 24 CE. Ahora bien, el denominado “derecho al medio ambiente” no lo es tal, a la luz de su ubicación sistemática en la Carta constitucional española. Nuestra Constitución incluye tres grandes categorías de derechos, con desigual protección: por una parte, los “derechos fundamentales y libertades públicas” (arts. 14-29), que disponen de tutela judicial preferente y sumaria, de tutela en vía de amparo constitucional y que, además gozan de reserva de Ley Orgánica; los “derechos y deberes de los ciudadanos” (arts. 30-38), que disfrutan de tutela judicial ordinaria y están protegidos por reserva de Ley ordinaria, y finalmente, los “principios rectores de la política social y económica” (arts. 39-52) que son calificados como principios (no derechos), y que informan la actuación de los poderes públicos y que “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3). El derecho a un medio ambiente adecuado constituye, por su ubicación (art. 45) un principio rector de la política social y económica y sin perjuicio de algunas leyes que pueden reconocer un relativo derecho al medio ambiente, carece de protección judicial *ex Constitutione*.

Para exigir la protección del medio ambiente se puede ejercer la acción pública (a la que pueden acceder cualesquiera personas físicas o jurídicas)

en las materias que así lo tengan previsto (según el art. 122 CE). Son, desgraciadamente, escasas. En el ordenamiento español se reconoce la acción pública en materia de costas (art. 109 Ley de Costas⁶), en materia de parques nacionales (art. 39 de la Ley de Parques Nacionales⁷) en materia de urbanismo (art.62 de la Ley del Suelo⁸) y, al margen del ámbito estatal, algunas leyes autonómicas en otros sectores⁹. Ahora bien, la acción pública crea un derecho *a la defensa de la legalidad*, pero no supone reconocimiento alguno de situaciones jurídicas individuales ni su éxito conlleva beneficios privados, como reconoce la jurisprudencia (véase la Vid., entre otras, la STS de 3 de octubre de 1996 (Rec. 9204/1991) y la doctrina (REGO BLANCO¹⁰).

Mayor interés tiene la protección de intereses difusos, prevalentes en esta materia. Los denominados intereses difusos son, según el Diccionario del Español Jurídico, “intereses generales cuya defensa no está atribuida específicamente a un determinado sujeto u organización (como sí ocurre con los intereses colectivos), por lo que no bastan para justificar la existencia de un interés legítimo a efectos de legitimación activa”. Para la protección de recursos naturales de titularidad demanial o colectiva, o para la protección de los servicios ambientales *uti universi* que aquellos generan, la inexistencia de un derecho subjetivo o interés legítimo afectado es un obstáculo para obtener la tutela judicial del ambiente en esos casos. Las organizaciones ambientales cumplen una función insustituible en la protección ambiental y la legislación española ha sido consciente de ello,

⁶ Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas

⁷ Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales.

⁸ Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana

⁹ Las leyes autonómicas pueden crear acciones públicas con alcance estrictamente administrativo, pero teóricamente no judicial, por razón de la competencia exclusiva del Estado en materia procesal (art. 149.1. 6º CE). Así lo ha establecido, señaladamente, la STC 15/2021, que viene a confirmar una línea jurisprudencial clara de nuestro Tribunal Constitucional. Cfr., Agoués Mendizábal, C. “El acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa de las asociaciones titulares de intereses legítimos colectivos de carácter ambiental: A propósito de la STC 15/2021”, *Urbanismo y edificación*, n. 47 (2021) 15-46. Ahora bien, lo que omite el Tribunal Constitucional es que difícilmente puede inadmitirse una acción judicial cuando en la previa vía administrativa se ha utilizado la acción pública.

¹⁰ Rego Blanco, D., *La acción popular en el Derecho Administrativo y en especial, en el Urbanístico* (Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005), 258.

por lo que les ha reconocido una vía de acceso a la justicia ambiental, en el marco del Convenio de Aarhus de 1998. Fue la Ley 27/2006, de 18 de julio, *por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente* la que institucionalizó la protección de intereses difusos a través de organizaciones ambientales mediante el otorgamiento de legitimación *ex lege* a estas, que no precisan por tanto acreditar un derecho subjetivo o interés legítimo para acceder a los Tribunales (art. 22. *Acción popular en asuntos medioambientales*. “Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23)¹¹; les basta acreditar simplemente el cumplimiento de los requisitos del art. 23.1 de esta Ley:

“1. Están legitimadas para ejercer la acción popular regulada en el artículo 22 cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.

b) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengán ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.

c) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa”¹².

¹¹ No obstante, ya tempranamente el Tribunal Constitucional había reconocido el interés de las organizaciones ambientales en acceder a la vía judicial cuando, según sus Estatutos, el objeto del conflicto tuviese relación directa con sus fines estatutarios. Véase la STC 34/1994, de 31 de enero, FJ 3º: “(...) no puede negarse que existen algunas infracciones cuya persecución se conecta directamente con el objeto de ciertas entidades asociativas. Esto es lo que sucede precisamente con el de la Asociación recurrente. ... Como ha señalado el Ministerio Fiscal, resulta evidente que una asociación con fines de defensa de la naturaleza y del mundo animal tiene un interés legítimo y personal en velar por el correcto ejercicio de la potestad administrativa, en este caso respecto de la revocación de la sanción impuesta a un cazador que había abatido una avutarda”.

¹² “Las personas jurídicas sin ánimo de lucro a las que se refiere el apartado anterior tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita” (art. 23.2).

Ahora bien, es importante recordar que, como ocurre en la acción pública *sensu stricto*, la legitimación sobre la base de intereses difusos no habilita a los sujetos legitimados (organizaciones ambientales) para pedir el resarcimiento económico de los perjuicios provocados al medio ambiente. Así lo establece la reciente STS de 17 de octubre de 2021 (Rec. 3041/2020) que se dicta para resolver en casación varias cuestiones de orden ambiental: en lo que aquí interesa, se le había preguntado al Supremo (Antecedente de hecho 3º) “si los legitimados para deducir la acción popular prevista en los arts. 22 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio (...), lo están también para instar el reconocimiento del resarcimiento económico de los perjuicios medioambientales eventualmente causados y si, acreditados estos, es conforme a derecho acordar su resarcimiento condenando a la Administración a la ejecución de un programa medioambiental por importe equivalente al daño estimado”.

Según el Alto Tribunal, “ha de distinguirse, igualmente, entre la legitimación en defensa del interés colectivo para impugnar la actividad administrativa y obtener, en su caso, la reposición de la legalidad, y la legitimación para impugnar tal actividad administrativa no solo en defensa de los intereses colectivos y reposición de la legalidad sino en cuanto tal actividad administrativa ha causado al particular *un perjuicio que no tiene el deber de soportar, que es al que se refiere el reconocimiento de una situación jurídica individualizada*” (FD 5º *in fine*). No dice más, pero se puede deducir con claridad que las indemnizaciones no tienen cabida en la acción popular ex. art. 23 Ley 26/2007, porque se vinculan a una situación jurídica individualizada, no “común” o “compartible”, mientras que sí que la tienen las impugnaciones y la reposición o restauración de la legalidad conculcada.

En todo caso, la denominada acción “popular” de la Ley 27/2006 está encontrando resistencias en las Administraciones, por su carácter meramente judicial; sin embargo, el reconocimiento *ex lege* de la legitimación en vía judicial obliga lógicamente a las Administraciones a aceptar también dicha legitimación en la vía previa administrativa¹³.

¹³ Véase Lozano Cutanda, B., *Derecho ambiental y climático*, 129.

3.2. Control de la discrecionalidad técnica y prohibición de sustitución de la Administración ambiental. Algunas manifestaciones.

A. Técnicas de subsunción vs. técnicas de ponderación: su control judicial

Las variadas técnicas administrativas de tutela ambiental tienen una mayor o menor permeabilidad al control de legalidad por razón de su configuración estructural.

En el caso de las técnicas administrativas de control de la legalidad ambiental de las actuaciones de los sujetos privados, mediante un procedimiento básicamente de subsunción, el control judicial tiene escasos problemas de aplicación, en principio: estamos hablando de licencias, autorizaciones ambientales, prohibiciones, etc., porque el control es básicamente reglado: bastará comprobar si la Administración ha aplicado correctamente las prescripciones legales en su actuación y si el particular ha cumplido igualmente con la norma ambiental en su ejecución.

Sin embargo, si la técnica utilizada para tutelar el bien común ambiental es ponderativa (y, por tanto, discrecional), no propiamente dirigida a controlar la legalidad de la actuación privada sino el interés público ambiental, la cosa cambia.

La discrecionalidad fuerte o política conlleva la indiferencia jurídica relativa, esto es, la posibilidad de elegir entre diversas opciones, todas ellas jurídicamente válidas, lo que supone la utilización de criterios no-jurídicos para adoptar la decisión. Es una discrecionalidad volitiva, “de la consecuencia jurídica”, que también se utiliza por la Administración ambiental (de ordinario, en las grandes decisiones en la que lo ambiental es solo un elemento más de la decisión) y que es controlable por las técnicas tradicionales (elementos reglados, hechos determinantes, control del fondo mediante los principios generales del derecho)¹⁴.

Pero en materia ambiental resulta mucho más frecuente en la práctica el ejercicio de potestades administrativas con discrecionalidad “técnica” o “débil”. En estos supuestos –paradigmáticamente los de aplicación de la

¹⁴ Véase, por todos, García De Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 20ª ed. (Madrid: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022), 512 y ss.

Evaluación de Impacto Ambiental¹⁵- la decisión administrativa goza de una discrecionalidad más o menos amplia, limitada por algunos factores: la información aportada por el promotor, el público, los interesados u otras Administraciones y, sobre todo, la necesidad de justificar una solución distinta de la propuesta por el promotor.

En estos casos, en los que la decisión administrativa se enmarca en la denominada “discrecionalidad técnica”, el control judicial es obviamente más difícil que en el caso de las potestades regladas, y cobra mayor importancia el procedimiento administrativo de adopción de la decisión ambiental, pero no se impide en ningún caso el control judicial (fundamentalmente mediante la prueba pericial). Lo que se impide –como en la otra “discrecionalidad”- es la sustitución judicial de la decisión administrativa. En estas actuaciones se aprecian las limitaciones del control jurídico operado por los jueces (estrictamente jurídico), que debe ser suplido por la actuación (externa) de los peritos¹⁶. Ello, sin perjuicio de la utilización de las técnicas de control de la discrecionalidad pura o política, tradicionales, aplicables en todo caso.

B. La incidencia del principio ambiental comunitario de precaución en el control judicial

El principio de precaución (art. 191.2 TFUE) “permite a las autoridades públicas competentes adoptar medidas preventivas proporcionadas, no discriminatorias y de carácter provisional cuando, a pesar de haberse llevado a cabo una evaluación de riesgos lo más completa posible, persiste la incertidumbre científica sobre la naturaleza y el alcance de un riesgo inaceptable” (STJCE de 5 de mayo de 1998, as. C-157/96, *National Farmers Union*).

¹⁵ Sanz Rubiales, Í., *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021), 63 y ss.

¹⁶ Sobre el papel de los peritos en el control de declaraciones de impacto ambiental, vid. Montoro Chiner, M.J., “Objetivos, naturaleza y límites de la declaración de impacto ambiental de infraestructuras públicas”, *Revista de Derecho Administrativo*, n. 110 (2001), 200. En general, sobre el control de la discrecionalidad técnica a través de la prueba pericial, véase Fernández Rodríguez, T.R., “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, *Revista de Administración Pública*, n.º 196 (2015). Cfr., Sanz Rubiales, Í., *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos*, 80.

Este principio se configura como un instrumento de ampliación de la discrecionalidad de la Administración encargada de gestionar el riesgo. De hecho, se puede afirmar que el principal efecto de la aplicación de este principio sobre los poderes de la Administración ambiental es la potenciación de la discrecionalidad administrativa en la apreciación del interés ambiental, que reduce el papel de lo reglado. Pero va más allá: en concreto, el principio de cautela lleva a una dilución de la tradicional distinción entre discrecionalidad técnica y discrecionalidad política¹⁷, al implicar los elementos volitivos (característicos de la segunda) en la primera (potenciando, así, el poder de elección y la valoración comparativa de intereses¹⁸). En efecto, las Administraciones ambientales gozan de un instrumento –el principio de precaución- que incrementa la discrecionalidad política en la toma de decisiones de carácter ambiental (bajo la “veste” de potestades de discrecionalidad técnica) y reduce de esta manera el alcance del control judicial.

En el marco comunitario, esa discrecionalidad no significa que el ejercicio de esta facultad de apreciación esté exento del control judicial. “En los casos en que disponen de un amplio margen de apreciación, las instituciones comunitarias, tienen la obligación de examinar, minuciosa e imparcialmente, todos los elementos relevantes del asunto de que se trate”¹⁹. El juez comunitario “debe limitarse a verificar si, al ejercer dicha facultad, las instituciones comunitarias incurrieron en error manifiesto o desviación de poder o, también, si rebasaron manifiestamente los límites de su facultad de apreciación”²⁰. Así lo recuerda el Tribunal de la Unión en diversas resoluciones: «en lo relativo al objeto y al alcance del control jurisdiccional, cuando las instituciones comunitarias deben efectuar evaluaciones complejas de carácter científico y técnico, el control jurisdiccional es un con-

¹⁷ De Leonardis, F., *Il principio de precauzione nell’Amministrazione di rischio* (Milán: Giuffrè Editore, 2005), 333-334. Sobre el concepto de discrecionalidad técnica y su diferencia con la política, vid., Cassagne, J.C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), 208-209.

¹⁸ De Leonardis, F., *Il principio de precauzione nell’Amministrazione di rischio*, XVII-XVIII, 333-334. Cfr., por todas, la STJUE 14.12.2004, *Comisión. c. Alemania*, n. 74.

¹⁹ STPI (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2002, as. T-13/99, *Pfizer Animal Health SA contra Consejo*, n. 171.

²⁰ STPI (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2002, as. T-13/99, n. 166 y 169 y ss.

trol limitado, y no implica que el juez comunitario sustituya la apreciación de las instituciones comunitarias por la suya propia”²¹.

En definitiva, la jurisprudencia europea aboca a las mismas conclusiones que las obtenidas por la jurisprudencia española en el control de la discrecionalidad “política” o “fuerte”: el juez no puede sustituir a la Administración, pero puede controlar su actividad mediante los “elementos relevantes” y esos elementos relevantes pueden identificarse sin mayor problema con las tres técnicas de control judicial de la discrecionalidad: los hechos determinantes (error manifiesto; la posibilidad de revisión judicial de las conclusiones de organismos científicos: como dice EMBID TELLO, “una suerte de control de los hechos determinantes” sin que existan hechos determinantes porque nos movemos en la incertidumbre”)²², los elementos reglados (control del fin: desviación de poder) y los principios generales del derecho (en especial la proporcionalidad, el control de los excesos en el ejercicio del poder: la vulneración del principio de proporcionalidad es, con mucho, el argumento más utilizado para hacer devenir ilegítima una medida precautoria (es el caso, entre otras, de la citada sentencia *Pfizer*)²³.

3.3. La consideración del control judicial desde la perspectiva de los servicios ambientales

Los servicios ambientales constituyen una figura que está llamada a ser tenida en cuenta, no solo en la adopción de decisiones públicas de calado (lógicamente, de carácter discrecional, más o menos técnico) sino también en el control judicial de dichas decisiones técnicas.

La razón de lo señalado es clara: el derecho ambiental –tradicionalmente entendido en términos “patrimoniales” como el derecho que asegura el derecho al medio ambiente mediante la utilización responsable de los recursos naturales, debe verse también bajo la perspectiva complementaria de los “servicios ambientales”.

Esto supone que los poderes públicos –el judicial también, a instancia de parte- deben asegurar la continuidad de los servicios ambientales vin-

²¹ STPI (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2002, as. T-13/99, n. 323.

²² Embid Tello, A., “El principio de precaución”, en VV.AA. (Dir. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* (Madrid, La Ley, 2010), 1233.

²³ Embid Tello, A., “El principio de precaución”, 1243.

culados a aquellos recursos. Es decir, que el medio ambiente sirve al hombre, tanto *uti singuli* (aprovechamiento económico singularizado) como *uti universi* (ventajas de disfrute colectivo no individualizable), y sirve también para facilitar la propia biodiversidad y capacidad de los recursos (los denominados servicios *de base*, “necesarios para la producción de los demás servicios de los ecosistemas” según la terminología del Anexo I del Reglamento de desarrollo de la Ley 26/2007). La obligación de los poderes públicos es asegurar un equilibrio tal que todos los servicios ambientales se mantengan. Deberá valorarse el límite de explotación económica de los recursos de tal forma que no queden afectados los demás servicios de la naturaleza.

Esta perspectiva netamente antropológica debe ser tutelada por los tribunales porque el titular del derecho al medio ambiente es el hombre, y los servicios tienen siempre una utilidad directa o indirecta para el hombre. La utilidad indirecta hace referencia a los servicios de conservación del ambiente, porque la utilización económica, la fruición cultural o paisajística dependen de la integridad de la biodiversidad²⁴.

Resulta, por otra parte, indudable el peso que tienen los servicios ambientales en la determinación de los daños ambientales. No me refiero aquí solo a los llamados daños ambientales puros, sino también a aquellos vinculados a bienes ambientales de titularidad individual²⁵.

En estos casos, los daños deben valorarse, no solo por razón de la cuantificación del recurso dañado, sino sobre todo por los servicios ambientales afectados; podría ocurrir que un daño patrimonial no afecte a la integridad de los servicios (p. ej., una utilización privativa abusiva de una concesión de agua en situaciones de abundancia hídrica), y a la inversa, puede ocurrir que una mínima afectación al recurso natural produzca, por las razones que sean, un serio daño a los servicios ambientales (muerte de un individuo de una especie en peligro de extinción); por eso, el daño debe entenderse como aquella alteración del recurso que deteriora el servicio²⁶. Son los jueces los que deberán valorar estos daños a los servicios en virtud

²⁴ García García, S., *Los servicios ambientales en el Derecho español* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022), 83.

²⁵ Femenías Salas apunta ya a la teoría de los servicios cuando vincula el carácter significativo del daño con algunos elementos entre los que están incluidos también algún servicio ambiental (sin utilizar este término): véase Femenías Salas, J., *La responsabilidad por daño ambiental* (Santiago de Chile: Ediciones UC, 2017), 215 y ss.

²⁶ García García, S., *Los servicios ambientales en el Derecho español*, 160 y ss.

del principio de proporcionalidad, para corregir o confirmar la previa valoración administrativa.

3.4. Los problemas de la especialización de los jueces

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos próximos al nuestro –paradigmáticamente, el chileno- en la regulación procesal española no tienen cabida los tribunales judiciales con composición mixta juristas-no juristas.

Esta homogeneidad, sin embargo, no es completa, porque en algunos órdenes jurisdiccionales hay exigencias de especialización de los miembros de la judicatura (en lo social, en lo contencioso-administrativo). Como vimos más arriba, el control judicial-ambiental en España recae fundamentalmente sobre los tribunales de lo contencioso-administrativo, compuestos, en buena medida, por jueces “especialistas”.

Aparte de esto, los jueces “no-juristas” no son ajenos a la evolución histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa en España. Si la Constitución de 1812 seguía un sistema de “*rule of law*” en el control de la legalidad administrativa por los jueces ordinarios, desde 1845 se instaura la jurisdicción contencioso-administrativa típicamente afrancesada (“*régime administratif*”) que encarga a órganos administrativos el control de la legalidad de la actividad administrativa. Es en 1888 cuando se instaura la solución “armónica”, al encargar a una sala del Consejo de Estado de carácter mixto y paritario –jueces y funcionarios- el control de la legalidad administrativa. Esta sala mixta, desde 1904 encuadrada en el Tribunal Supremo, persistió con sus más y sus menos hasta 1956.

Ahora bien, no parece viable, a la luz de nuestra Constitución (Título VI “*Del Poder Judicial*”, art. 122) que pueda haber tribunales mixtos, es decir, con jueces con formación técnica, pero sin formación jurídica que ejerzan la función jurisdiccional propiamente dicha, sin perjuicio de la competencia de los árbitros para dictar laudos, en su caso.

Otra cosa sería –y eso parece más factible si se consolida el crecimiento progresivo de los asuntos ambientales- la creación de un cuerpo de magistrados especialistas en medio ambiente, en principio dentro de lo contencioso-administrativo. Sin embargo, se trataría de una posibilidad a muy largo plazo, a la luz de los datos actuales: no parece que se pueda hablar de un volumen suficiente de asuntos de contenido medioambiental y estos, en la mayor parte de las ocasiones, se resuelven a la luz de preceptos y principios jurídicos no propiamente “ambientales”; más realista es la especializa-

ción “de facto”: no son pocos los jueces y magistrados de lo contencioso-administrativo duchos en la materia, especializados de facto en las técnicas jurídico-ambientales, algunas de cuyas decisiones suelen ser especialmente valoradas por los aplicadores del derecho.

4. CONCLUSIONES

El papel de la Unión Europea es determinante en la configuración del Derecho ambiental español, normalmente mediante la emisión de directivas que deben ser transpuestas por el Estado español en su normativa interna, aunque son ordinariamente los jueces y tribunales internos –sobre todo, los del orden contencioso-administrativo, por el papel protagonista que ostenta la Administración- los que aplican el derecho ambiental en caso de conflicto.

El principal problema que tiene la tutela judicial ambiental en España es, sin duda alguna, el del acceso de los intereses ambientales a los tribunales. La insuficiencia de la legitimación ordinaria (por derecho subjetivo o interés legítimo) se suple muy parcialmente por la acción pública en las escasas leyes sectoriales que la reconocen y, sobre todo, por la legitimación de organizaciones ambientales de acuerdo con los requisitos de constitución y estatutarios previstos en la normativa.

El control de la aplicación de técnicas de derecho ambiental dirigidas a asegurar, no tanto la legalidad como la protección de los intereses ambientales, como p. ej., la Evaluación de Impacto Ambiental, así como el control de la aplicación del principio de precaución se reconducen a las tradicionales medidas de control judicial de la discrecionalidad. El control judicial de la discrecionalidad técnica ambiental exige con frecuencia la aportación técnica a través de la prueba pericial.

BIBLIOGRAFÍA

- Agoués Mendizábal, C. “El acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa de las asociaciones titulares de intereses legítimos colectivos de carácter ambiental: A propósito de la STC 15/2021”, *Urbanismo y edificación*, n° 47 (2021).
- De Leonardis, F. *Il principio de precauzione nell'Amministrazione di rischio*. Milan: Giuffrè Editore, 2005.
- Embid Tello, A. “El principio de precaución”, en VV.AA. (Dir. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.
- Femenías Salas, J., *La responsabilidad por daño ambiental*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2017.

- García De Enterría, E. y Fernández Rodríguez T.R. *Curso de Derecho Administrativo I*, 20ª ed.. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2022.
- García García, S. *Los servicios ambientales en el Derecho español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022.
- Plaza Martín, C., *Derecho Ambiental de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Rego Blanco, D. *La acción popular en el Derecho Administrativo y en especial, en el Urbanístico*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública (2005).
- Sanz Rubiales, Í. “La exigencia administrativa de responsabilidad por daños al medio ambiente”, en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 23 (2012).
- Sanz Rubiales, Í. *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

Litigación Internacional y Daño Ambiental Transfronterizo

PÍA MOSCOSO RESTOVIC¹

SUMARIO: 1. Antecedentes del problema. 2. Derecho Internacional general y conflictos ambientales transfronterizos. 2.1. Aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario. 2.2. OMC y conflictos ambientales entre Estados. 3. Obligaciones de Derecho Internacional General establecidas para casos de daños ambientales transfronterizos. 3.1. Obligación internacional de no causar daños en el territorio de otro Estado. 3.2. Obligación internacional de negociar de buena fe incluye aspectos ambientales. 3.3. Obligación internacional de due diligence en materia ambiental. 3.4. Obligación de participación efectiva. 4. Criterios usados por la Corte Internacional de Justicia en la determinación de compensaciones por daños ambientales. 4.1. Relación de causalidad directa entre la acción ilícita y el daño ambiental. 4.2. El daño ambiental debe ser significativo. 4.3. Aplicación de estándares ambientales reconocidos al menos por una de las partes. 4.4. La Corte Internacional de Justicia y la posibilidad de asignar montos indemnizatorios. 4.5. La Corte Internacional de Justicia y la determinación de compensaciones en base al auxilio de peritos solicitados por sí misma. 5. Litigación de Derecho Internacional Privado y Derechos Ambientales Transfronterizos. 5.1. Daño ambiental transfronterizo en ámbitos normativos no integrados. 5.2. Derechos internacionales para la litigación privada. 5.3. Legitimación activa en el conflicto privado internacional. 6. Conclusión. Bibliografía.

1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

En este capítulo abordaremos el daño ambiental transfronterizo desde la experiencia de la litigación internacional ante diferentes tribunales internacionales.

Ciertamente los conflictos transfronterizos constituyen una causa de conflicto internacional por la ocupación de territorio, afectación de bienes y recursos naturales, cursos de ríos y aguas internacionales, entre los más recurrentes. No obstante, no existen Tribunales Internacionales especializados dedicados exclusivamente a resolver disputas internacionales entre Estados en razón de daños ambientales o conflictos transfronterizos².

¹ Abogada. Doctora en Derecho Internacional y RR. II. Magister en Derecho de Minas. Profesora de Universidad de Atacama.

² Romano, Cesare, "International dispute settlement", *Oxford Handbook of International Environmental Law* (2007) 14. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969021.

En efecto, siendo el daño ambiental una especie de daño no contractual regulado por un marco teórico específico de obligaciones y deberes internacionales, se basa en principios propios (*vgr.* preventivo, precautorio y reparador) cuya interpretación, calificación y aplicación mantiene notables diferencias con otras formas de compensación y mitigación internacional.

La litigación internacional por daño ambiental está radicada en organismos jurisdiccionales internacionales que conocen de asuntos ambientales en razón de tener competencia general en asuntos internacionales. Así encontramos conflictos con elementos ambientales conocidos por Cortes Internacionales de Derechos Humanos, o asuntos cuyo marco de Derecho Internacional General permite la intervención de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), o el Tribunal Internacional de Derecho del Mar cuando se encuentra involucrada la protección del ambiente marino. Así también, existen conflictos ambientales entre Estados asociados a incumplimientos de las normas del GATT conocidos por paneles especiales de la OMC. Por su parte, los tratados de Derecho Internacional Ambiental suelen establecer obligaciones que sólo son exigibles a los Estados que los suscriben. De esta forma, las obligaciones y deberes ambientales se instalan como obligaciones programáticas, progresivas y graduales; de modo que los foros potencialmente competentes sobre materias ambientales son múltiples y de variado orden y jerarquía.

En este epígrafe abordaremos cómo los bienes naturales fronterizos y transfronterizos han sido objeto de litigación internacional ante tribunales internacionales, sentando precedente especialmente ante la Corte Internacional de Justicia.

2. DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y CONFLICTOS AMBIENTALES TRANSFRONTERIZOS

2.1. Aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario.

La revisión de asuntos sometidos a la CIJ, incluido el ejercicio de la función consultiva, demuestran que en materia de protección al medio ambiente existen 3 aspectos abordados en la jurisdicción internacional; primero, la posibilidad de usar mecanismos de prueba ajustables a conflictos ambientales; segundo, la posibilidad de dictar medidas provisionales de protección al medio ambiente por daños irreparables mientras existan procedimientos pendientes ante la CIJ; y tercero, la contribución evolutiva

a la protección del medio ambiente en base a la aplicación del Derecho Internacional General³. En este sentido, el Derecho Internacional que se aplica a conflictos ambientales no está circunscrito a tratados internacionales, acuerdos de elección de foro, cláusulas compromisorias o acuerdos de competencia. Los tribunales internacionales, y muy especialmente la CIJ, pueden resolver conflictos internacionales con elementos ambientales en base a la aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario⁴.

Dentro del Derecho Internacional Consuetudinario y de las normas de *ius cogens* encontraremos normas de derechos humanos que pueden intervenir en un asunto internacional, tanto en la ponderación de las normas aplicables, como también en la determinación de la extensión del daño y su reparación. En efecto, el derecho a la vida, la salud y el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación son derechos o pretensiones que introducen elementos propios de la jurisdicción de derechos humanos en conflictos ambientales internacionales. Un ejemplo de esta comunicabilidad entre diversos estatutos normativos aplicables se encuentra en la Convención Europea para la Conservación de la vida silvestre y hábitats naturales o Convenio de Berna de 1979. El principal objetivo de este Convenio es integrar la conservación de la flora y de la fauna silvestres en Europa en base a políticas nacionales de planificación, desarrollo y medio ambiente coordinados. Sin embargo, el artículo 18 del Convenio de Berna somete a arbitraje los conflictos entre Estados, reservando al Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos la designación de un tercer árbitro, en ciertos casos. Asimismo, la participación de la Unión Europea como parte en el conflicto, es posible por sí misma o en forma conjunta con uno de los Estados involucrados. De esta forma, un conflicto surgido al interior de un Convenio específico de protección ambiental, es gestionado administrativamente por terceros independientes al Convenio (árbitros o jueces de tribunales internacionales) los que aplicarán las normas propias del arbitraje internacional o de la jurisdicción a la que pertenecen, *ratione materiae*. De esta forma, encontramos que el Derecho aplicable al conflicto

³ Coulon, A., “The International Court of Justice and the Protection of the Environment”, en *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*, Eds. Sobenes, E., Mead, S., Samson, B. (2022), 37–70. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-507-2_2.

⁴ Joly Hébert, J., “Jurisdiction and Applicable Law (Jurisdiction Ratione Materiae)”. en *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*, Eds. Sobenes, E., Mead, S., Samson, B. (2022), 383–414. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-507-2_13.

ambiental internacional se sirve de una variedad de fuentes normativas de diferente jerarquía, quedando excluido solamente el Derecho que elija un juez ad hoc arbitral si el laudo sólo se funda en equidad y no en el Derecho Internacional⁵.

Algunos autores⁶ han sostenido que la evaluación de impactos ambientales transfronterizos constituye una obligación de Derecho Internacional Consuetudinario. Los antecedentes que se presentan para fundar esta obligación consuetudinaria estarían en: 1) el Convenio de Basilea sobre Control de Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación; y 2) el Convenio Europeo sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo (Convenio de Espoo, 1991) desarrollado por la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas (CEPE).

En estas normas podemos observar que la Evaluación de Impactos ambientales Transfronterizos (EIAT) se aplica a proyectos ubicados en uno o más de los Estados fronterizos interesados; de modo que cada Estado interesado participa en la evaluación ambiental de un proyecto ubicado en el territorio de un Estado vecino. En este caso, la obligación internacional de informar, coordinar y adoptar medidas preventivas recae en el Estado de origen del impacto ambiental. En el caso de proyectos ubicados en ambos lados de la frontera, cualquier Estado involucrado puede ser considerado Estado de origen del impacto ambiental. La EIAT también se aplica a proyectos o actividades desarrolladas en espacios internacionales compartidos. Tal es el caso de mares cerrados, lagos o lagunas continentales o recursos hídricos compartidos, entre los más evidentes. Actualmente, podemos plantear extender esta obligación al concepto de “ecosistema compartido”, incluyendo variables territoriales otras tales como aire, cielo y paisaje.

Finalmente, la EIAT tiene un importante componente de cooperación internacional institucional relacionada con el financiamiento, el desarrollo económico-social y el fomento de políticas coordinadas entre Estados vecinos para la protección ambiental. En esta dimensión,

⁵ Joly Hébert, J., “Jurisdiction and Applicable Law (Jurisdiction Ratione Materiae)”, 383–414.

⁶ Cfr. Bastmeijer y Timo Koivurova (Eds.), *Theory and practice of transboundary environmental impact assessment* 1, 2008. https://doi.org/10.1111/j.1467-9388.2008.592_2.x. Hervé Espejo, Dominique, y Dusanka Inostroza, Skaric, “La obligación internacional de evaluación de los impactos ambientales transfronterizos y su aplicación en Chile”, *Revista De Derecho* 35, n° 1 (2022): 103-23. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502022000100103>.

los acuerdos internacionales necesitan asociar necesariamente fondos sustentables a resultados compartidos que permitan el funcionamiento coordinado entre los organismos públicos competentes, incorporando mecanismos de responsabilidad privada para los proponentes de proyectos transfronterizos.

2.2. OMC y conflictos ambientales entre Estados

La excepción más notable en materia de aplicación del Derecho Internacional Consuetudinario a conflictos ambientales se encuentra en el Derecho derivado de la OMC. En éste ámbito, todas las partes pertenecientes a la OMC también deben ser partes en los acuerdos e instrumentos que regulan las relaciones entre los Estados partes. Para algunos autores⁷, la OMC es el acuerdo entre Estados más amplio en el mundo y, paradójicamente, el primero en excluir la aplicación del Derecho Internacional General en la solución de sus conflictos. En efecto, la calificación de los hechos que dan lugar a la apertura de un expediente de investigación o panel de solución de controversias ante la OMC son los mismos hechos que podrían generar responsabilidad en materia de derechos humanos o infracción a obligaciones internacionales contenidas en convenios regidos por el Derecho Internacional. La atención al foro internacional competente para conocer del asunto ha ido irreductiblemente relacionado al estatuto normativo aplicable, en circunstancias que, como señalamos anteriormente, el foro competente y la legislación aplicable no necesariamente deben ser los mismos. La multiplicación de los foros internacionales competentes *ratione materiae* sólo trae pluralidad de conflictos potenciales en razón del tipo de daño, los bienes jurídicos en juego y la calidad de las partes que participen en el conflicto.

Se ha sugerido que la OMC evolucione hacia una interpretación de sus normas de forma consistente y coherente con el Derecho Internacional General; incluyendo estándares de derechos humanos y la buena fe objetiva internacional como criterio de calificación de una conducta. De otra forma, encontramos que un acto que atenta contra los derechos humanos no puede calificarse como acto de mala fe si goza de un eximente en materia comercial.

⁷ Marceau, G., “WTO Dispute Settlement and Human Rights”, *European Journal of International Law*, 13, n° 4 (2022): 781. <https://doi.org/10.1093/ejil/13.4.753>.

La relación que existe entre el comercio internacional y la protección al medio ambiente experimentó un giro en la Declaración de Doha⁸, en orden al acuerdo logrado por los Ministros de Estado de iniciar negociaciones para alcanzar acuerdos multilaterales con obligaciones comerciales específicas sobre medio ambiente. Estas negociaciones deberán determinar cómo se aplican las normas de la OMC a sus miembros, y especialmente a los miembros que también son Parte en tratados internacionales sobre medio ambiente. En este sentido encontramos el camino que abrieron las excepciones y limitaciones al comercio internacional fundadas en razones de protección a la salud pública por la Pandemia de Covid-19. Los efectos en el incumplimiento de obligaciones comerciales, sanciones y medidas económicas son un antecedente que permite relacionar la tutela de derechos humanos y la protección al medio ambiente como elementos válidos en la interpretación y aplicación de las normas OMC. Por otra parte, es necesario evaluar si las violaciones a los derechos humanos o las infracciones a obligaciones internacionales de protección a la salud y al medio ambiente pueden tener mérito ejecutivo también ante la OMC para la aplicación de medidas o contramedidas económicas.

3. OBLIGACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL ESTABLECIDAS PARA CASOS DE DAÑOS AMBIENTALES TRANSFRONTERIZOS

3.1. Obligación internacional de no causar daños en el territorio de otro Estado

Los Estados tienen la obligación de no causar daños o afectaciones al territorio de otros Estados, debiendo adaptar o implementar mecanismos en base a la información y monitoreo de actividades que causen daños internacionales por acciones localizadas completamente en un Estado, cuyos efectos se extiendan a otros, tales como contaminación de ríos internacionales o polución ambiental transfronteriza.

En el caso *Trail Smelter*⁹, el conflicto original envolvía a los agricultores estadounidenses y a la empresa minera canadiense *Consolidated Mining and*

⁸ Vid. párrafos 31 a 33 sobre Comercio y Medio Ambiente, de la Declaración de Doha, de 2001.

⁹ Caso *The Trail Smelter* (USA v. Canada) Arbitration Awards (16.04.1938 y 11.03.1941).

Smelting Company (Cominco). Sin embargo, al escalar el conflicto a autoridades públicas en ambos Estados, British Columbia (Canadá) y Washington (Estados Unidos), la formación de comisiones públicas y la participación de Departamentos de Estado y Consejos nacionales de investigación no impidió que el asunto escalara a un conflicto internacional que llegó a un arbitraje internacional en 1941. Este laudo fue rechazado por Estados Unidos de modo que, ante un nuevo y mayor conflicto, Estados Unidos terminó aceptando una compensación inicialmente propuesta por la International Joint Commission¹⁰, en contra de Canadá de 1932.

Más recientemente, en el caso *Kishenganga*¹¹ el laudo arbitral reconoció la obligación de asegurar un caudal mínimo ambiental derivado del deber de prevenir daños ambientales transfronterizos. En este caso, el tribunal citó especialmente el principio preventivo para determinar el sentido y alcance del Tratado entre Pakistán e India sobre aguas internacionales (*Indus Waters Treaty*).

3.2. Obligación internacional de negociar de buena fe incluye aspectos ambientales

En los casos de daños ambientales transfronterizos los Estados deben mantener consultas y negociaciones entre sí; las que deberán de acuerdo al Derecho Internacional General desarrollarse siempre de buena fe, de modo que la buena fe no puede presumirse.

Así se entendió en el caso *Lake Lanoux* (Francia v. España)¹² donde el tribunal arbitral consideró que el régimen especial sobre las aguas internacionales debía estar contenido en un acuerdo especial dada su naturaleza. En efecto, no bastaba la referencia a un acuerdo general en el Tratado de Límites de Bayona de mayo 26 de 1866. El régimen y aprovechamiento conjunto de las aguas entre ambos Estados, en cambio, requería consultas y acuerdos específicos antes de cualquier intervención en la zona que regulaba el Tratado, en razón de derechos o intereses que cualquier de las partes pudieran contemplar sobre estos recursos.

¹⁰ The International Joint Commission era una comisión establecida en 1909 en base al Tratado "*International Boundary Waters Treaty*" entre Canadá y Estados Unidos. Encargada de resolver las disputas transfronterizas especialmente en lo relativo al uso y aprovechamiento compartido de las aguas, vino a resolver también el caso *Trail Smelter* sobre polución o contaminación atmosférica.

¹¹ Caso *The Kishenganga* (Pakistan v. India) Arbitration Awards (18.02.2013 y 20.12.2013).

¹² Caso *The Lake Lanoux* (France v. Spain). Arbitration Award (16.11.1957).

3.3. Obligación internacional de *due diligence* en materia ambiental

Los Estados tienen la obligación de asegurar vigilancia y adopción de medidas que tengan por objeto prevenir daños ambientales, especialmente en relación con el principio de uso equitativo y razonable de bienes o recursos naturales comunes compartidos. La protección de intereses esenciales relacionados con el medio ambiente permite invocar el estado de necesidad para suspender o abandonar un Tratado.

En el caso *Gabcikovo–Nagymaros* (Hungary v. Slovakia)¹³ el tratado de Budapest establecía obligaciones que tenían como objetivo el aprovechamiento conjunto del río Danubio. Sin embargo, al promoverse cuestiones ambientales por mal manejo de Slovakia, Hungría denunció el Tratado. La CIJ debió pronunciarse sobre obligaciones unilaterales en un Tratado denunciado por una de las partes a objeto de establecer responsabilidades de *due diligence* sobre el Danubio.

En los casos *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguay)¹⁴ y *Río San Juan* (Nicaragua v. Costa Rica)¹⁵, también por contaminación de ríos internacionales, la clarificación sobre la obligación de *due diligence* quedó establecida para prevenir daños ambientales transfronterizos. Esta obligación internacional incluye el deber de realizar evaluaciones de impacto ambiental a proyectos públicos o privados con consulta previa a las comunidades locales de ambos lados de la frontera. Como quedó claro en los casos sobre el *Río San Juan*, la Evaluación de Impacto Ambiental da contenido a la obligación de *due diligence* en la prevención de daño ambiental transfronterizo. Asimismo, incluye la obligación de notificación y consulta de buena fe al Estado potencialmente afectado, en orden a poder adoptar medidas adecuadas de mitigación del riesgo. De esta forma, el daño ambiental y las consecuentes pérdidas de bienes y servicios ambientales pudieron ser compensables bajo el Derecho Internacional.

3.4. Obligación de participación efectiva.

El Principio de participación efectiva ha sido reconocido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos para casos de contaminación transfronteriza por omisión a la consulta indígena o a comunidades afectadas,

¹³ CIJ. Caso *Gabcikovo–Nagymaros* (Hungary v. Slovakia). Fallo (25.09.1997).

¹⁴ CIJ. Caso *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguay) Fallo (20.04.2010).

¹⁵ CIJ. Caso *San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica). Fallo (16.12.2015 y 02.02.2018).

resolviéndose indemnizaciones, garantías, medidas de restitución de la propiedad, medidas de protección al medio ambiente sano y acciones de supervisión, satisfacción y no repetición.

Así consta en el caso *Lhaka v. Argentina*¹⁶ donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre una demanda presentada por comunidades indígenas que acusaban a Argentina de no defender sus tierras de prácticas que provocaron daño ambiental. Los demandantes presentaron evidencias de prácticas que causaban daño ambiental y la inacción del Estado argentino el que estaba al tanto de las denuncias. Se acusó al Estado argentino de permitir que los crianceros de vacuno mayor criaran a campo abierto, sin control, con la consecuente pérdida de alrededor de 50 especies herbáceas y arbustos en muy corto tiempo. Se alegó pérdida de la biodiversidad por selección de una especie en la dieta argentina, transformando el paisaje por la destrucción de áreas abiertas de pastizales. Los demandantes también señalaron existencia de tala ilegal en áreas de explotación restringida. Todas estas conductas fundaron una demanda por degradación bio-económica en el Departamento argentino de Rivadavia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable a Argentina por la violación al derecho a la propiedad y derechos políticos establecidos en los artículos 21 y 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de 132 comunidades indígenas. En razón de la afectación al artículo 21 de la Convención americana, el Estado argentino fue condenado a pagar una indemnización y a cumplir tres garantías: 1) asegurar la “participación efectiva” de los pueblos o comunidades, 2) garantizar que no se emitirá concesiones administrativas dentro del territorio indígena, y 3) garantizar que las comunidades indígenas

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lhaka v. Argentina*. Fallo (06.02.2020). Series C, 400, parr. 262: “Another aspect pointed out by the representatives is that of illegal logging. According to the representatives’ observations, the “illegal” nature of the logging activity is supported by different provisions that, as of 1991, restricted forest exploitation [...] State documentation has indicated as one of the causes of the “bio-socio-economic degradation of Departamento Rivadavia” the “forestry activity” that is “carried out without the application of minimum standards of rationality nor of precautions that tend to assure the future of the wooded masses, and even less to make compatible with the livestock uses and the requirements of the fauna. The [vast] environmental legislation in force does not have any positive effect [...] clandestine forestry activity is almost a habitual thing”.

se beneficien razonablemente del plan de gobierno que se lleve a cabo dentro de su territorio.

4. CRITERIOS USADOS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN LA DETERMINACIÓN DE COMPENSACIONES POR DAÑOS AMBIENTALES

4.1. Relación de causalidad directa entre la acción ilícita y el daño ambiental

La relación de causalidad directa ha sido un criterio esencial, largamente desarrollado en el Derecho Internacional. En este acápite no analizaremos la relación de causalidad entre el acto internacionalmente ilícito y el daño han sido desarrollados por la CIJ. La Conferencia de Derecho Internacional a través de sus diferentes relatores ha desarrollado la evolución de esta doctrina esencial en el Derecho Internacional. En este acápite, por tanto, revisaremos como la relación de causalidad permite determinar compensaciones por daño ambiental en razón de actos internacionalmente ilícitos.

En el caso *Diallo*¹⁷ la CIJ señaló que para establecer si habían daños imputables al demandado (República Democrática del Congo) Estado acusado de apropiación de fondos, inversiones y expulsión de un ciudadano de nacionalidad guinea, era necesario que la demandante (República de Guinea) probara la existencia de una acción internacionalmente ilícita por parte de la República Democrática del Congo, de modo que el nexo causal entre dicha acción ilícita y el daño causado debía ser directo y cierto. Una vez establecida la relación de causalidad y la extensión del daño, la CIJ estuvo en condiciones de valorar la compensación, condenando a la República Democrática del Congo a pagar la suma de US\$95.000. Si bien Guinea presentó en su Memoria una demanda por US\$6.5 millones, la CIJ consideró que no había podido probar daños por ese monto¹⁸.

¹⁷ CIJ. Caso *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Fallo (30.11.2010).

¹⁸ *Diallo* (Compensation) Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo. parr 14: “[...] whether there is a sufficiently direct and certain causal nexus between the wrongful act [...] and the injury suffered by the Applicant [...] If the existence of injury and causation is established, the Court will then determine the valuation’.

4.2. El daño ambiental debe ser significativo

En el asunto *Mox Plant Arbitration* (Ireland v. United Kingdom) conocido ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar¹⁹ sobre suspensión de procedimiento, jurisdicción, mérito y solicitud de medidas provisionales, el Tribunal estableció que “cualquier daño causado posiblemente causado al ambiente marino debía ser serio, para que en uso de sus poderes el Tribunal prescriba medidas provisionales”²⁰.

La magnitud del daño también fue considerada en el asunto *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguay)²¹ con una dispar aplicación del principio precautorio en materia ambiental. En efecto, mientras el Tribunal Internacional de Derecho del Mar se fundó en el principio precautorio al pronunciarse sobre el caso *Pulp Mills*. La OMC en cambio, rehusó pronunciarse sobre este principio, por considerarlo un principio propio de la jurisdicción ambiental. La Corte Internacional de Justicia, por su parte, quien tradicionalmente ha sido reticente en pronunciarse sobre el principio precautorio, si lo hizo en el caso *Pulp Mills*, limitando severamente su alcance, sin permitir que se altere la carga de la prueba ni se afecten los estándares de prueba²².

En el caso *Pulp Mills* el Tribunal Internacional de Derecho del Mar estableció la obligación de cada Estado de usar todas las medidas a su disposición en orden a evitar las actividades que pudieran afectar el territorio de otro Estado o cualquier área bajo su jurisdicción, causando daño significativo al medio ambiente de ese otro Estado²³.

¹⁹ En aplicación del artículo 290, parr. 1° de la Convención de Derecho del Mar (UNCLOS), *Ireland v. United Kingdom*. Procedural Order n° 3, de 24 de junio del 2003, par. 55.

²⁰ Tribunal Internacional del Mar. *Ireland v. United Kingdom*: “any harm caused, or likely to be caused, to the marine environment must be “serious” before the Tribunal’s power to prescribe provisional measures on that basis arises”.

²¹ CIJ. Caso *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguay) Fallo (20.04.2010).

²² Kazhdan, Daniel, “Precautionary Pulp: ‘Pulp Mills’ and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle”. *Ecology Law Quarterly* 38, n° 2 (2011): 527–52. <http://www.jstor.org/stable/24115078>.

²³ Caso *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguay), parr. 101: “[...] State is ‘obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing *significant damage* to the environment of another State”.

4.3. *Aplicación de estándares ambientales reconocidos al menos por una de las partes*

Uno de los mayores desafíos en la litigación internacional está dada por la determinación de estándares ambientales internacionales, especialmente cuando no existe un antecedente normativo que vincule a ambos Estados, o cuando el objeto del conflicto no trae aparejado como marco normativo la aplicación de estándares específicos debatidos o no en tanto sean aplicables. Un ejemplo del uso integrativo en esta materia, se encuentra nuevamente en el asunto *Pulp Mills* ante la CIJ, la cual aplicó estándares ambientales presentados por una sola de las partes. La CIJ no se pronunció sobre el mérito de dichos estándares de calidad ambiental o si dichos estándares eran principios internacionales y por tanto normas de Derecho Internacional aplicable. Sin embargo, en la determinación de la extensión del daño sí se basó en estándares aportados por una sola de las partes, los que usó para calificar la existencia y magnitud del impacto o daño ambiental. De esta forma, la CIJ reforzó su capacidad para determinar por sí misma el Derecho aplicable ante su competencia.

En efecto, en el caso *Pulp Mills* la CIJ no tenía un estándar en relación con los niveles totales de fósforo y fosfatos en el río internacional. La demandante Argentina no tenía estándares de calidad del agua y efluentes para fósforo, de modo que la CIJ utilizó los estándares promulgados por la demandada Uruguay entendiendo que estos estándares eran aplicables al menos dentro de su territorio haciéndolos extensivos al conflicto transfronterizo en razón del artículo 41 del Estatuto de 1975 que establecía la administración conjunta del Río Uruguay como río internacional²⁴.

²⁴ Tratado del Estatuto del Río Uruguay, Artículo 41: “Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las Partes se obligan a: a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales. b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos: 1) Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y 2) La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción. c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos”.

En el asunto *Pulp Mills* la CIJ consideró que Uruguay no había cumplido con la obligación internacional de informar a la Comisión Administrativa del río Uruguay los proyectos sometidos al imperio del Estatuto Internacional de 1975 sobre el río Uruguay. Finalmente, la CIJ concluyó que al no cumplir con la obligación de información las autorizaciones ambientales que habían sido otorgadas en Uruguay para el funcionamiento de plantas de celulosa o papeleras y el puerto terminal adyacente de Orión (Botnia) en su territorio, habían hecho que Uruguay infringiera el Tratado Internacional de 1975 sobre Estatuto del río Uruguay.

Sin embargo, en lo relativo a lo solicitado por Argentina, en orden a la compensación por concentraciones de contaminantes en el río Uruguay, la CIJ indicó que si bien las oportunidades en las cuales las concentraciones excedieron los límites permitidos en el río Uruguay permitían concluir que no eran episodios aislados sino un problema permanente, la CIJ declaró que no estaba en posición de concluir que por ese hecho Uruguay había roto las provisiones del Estatuto sobre el río Uruguay de 1975, fuente normativa que otorgaba competencia y marco normativo aplicable para resolver el asunto²⁵.

4.4. *La Corte Internacional de Justicia y la posibilidad de asignar montos indemnizatorios*

En el asunto *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica)²⁶ la CIJ conoció de alegaciones presentadas por Nicaragua en contra de Costa Rica sobre cambio en la morfología del río San Juan, la formación de un delta artificial del Río, levantamiento de un tranque con potenciales sustancias tóxicas propias de la construcción y cambios en el lecho del bajo San Juan (Río) con eventuales riesgos en caso de catástrofes naturales como terremotos, huracanes y tormentas tropicales. Nicaragua no sólo reclamó la ocupación parcial de su territorio en la construcción del canal sobre el río San Juan, sino también daños

²⁵ Caso *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguay), parr. 228: “[...] in the absence of convincing evidence that this is not an isolated episode but rather a more enduring problem, the Court is not in a position to conclude that Uruguay has breached the provisions of the 1975 Statute”.

²⁶ Caso *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica). Fallo (16.12.2015), parr. 174, 177, 178.

ambientales específicos²⁷. La CIJ concluyó que Nicaragua no había probado que la construcción del camino por parte de Costa Rica había causado daño transfronterizo significativo. Respecto de las obligaciones de comunicación, la Corte consideró que Costa Rica había adoptado medidas apropiadas. Por su parte, en el asunto *Costa Rica v. Nicaragua* basado en hechos coetáneos pero referidos a acciones ilícitas cometidas por Nicaragua en el borde de la zona en conflicto, la sentencia de fecha 2 de febrero del 2018, consideró que sí había habido daño ambiental sufrido en Costa Rica y particularmente pérdida de capacidades, bienes y servicios ecosistémicos. La CIJ asignó montos indemnizatorios por daño ambiental directo, condenando a Nicaragua a pagar a Costa Rica la suma total de US\$378,890.59²⁸.

4.5. La Corte Internacional de Justicia y la determinación de compensaciones en base al auxilio de peritos solicitados por sí misma

En razón de las facultades establecidas en los artículos 48, 50 y 67 del Estatuto de la Corte, la CIJ ha recurrido a la determinación de montos indemnizatorios en base a la opinión de expertos especialmente convocados, incluso en casos en los cuales la determinación de los daños habían sido amplia o difusamente establecidos en la demanda. Sin embargo la certeza sobre la gravedad de los ilícitos cometidos aconsejaba medidas

²⁷ Nicaragua se refirió a los aspectos ambientales como: “Firstly [...] changes in the river morphology, as large quantities of the sediment eroded from the road accumulated on the bed of the Lower San Juan, thereby exacerbating the problems for navigation in this stretch of the river and rendering additional dredging necessary to restore the navigability of the channel. Secondly, Nicaragua argues that sediment eroded from the road caused harm to the river’s water quality and ecosystem. Thirdly, Nicaragua alleges that the construction of the road has had an adverse impact on tourism and the health of the river’s riparian communities. [...] Nicaragua further contends that additional risks derive from the possibility of spills of toxic materials into the river, the further development of the Costa Rican bank of the river and the likelihood of natural disasters caused by adverse events such as hurricanes, tropical storms and earthquakes”.

²⁸ La CIJ otorgó a Costa Rica la suma de US\$120,000 por pérdidas a bienes y servicios ambientales en el área afectada, a los que se sumaron US\$2,708.39 en restauración de humedales. Adicionalmente a la compensación por daño Ambiental la CIJ otorgó a Costa Rica la suma de US\$236,032.16 por costos en reparación de daños directos causados por Nicaragua en razón de acciones ilícitas en la parte norte de la Isla Portillos y US\$20,150.04 por intereses, costas y otros gastos.

reparatorias adecuadas, de modo tal que la compensación económica fue el eje central del fallo.

Así ocurrió en el asunto *Armed Activities on the Territory of the Congo* (República Democrática del Congo v. Uganda)²⁹ caso en el cual la CIJ recurrió al informe de expertos para la determinación de las compensaciones que se debían en razón de la acción de explotación ilegal de recursos naturales.

El 8 de diciembre del año 2020 la CIJ decidió, en base a la opinión de expertos que recibió el 19 de diciembre de ese mismo año, otorgar indemnización de perjuicios por las pérdidas de vidas humanas, pérdida de recursos naturales y daños a la propiedad. Después de los procedimientos orales que se desarrollaron sobre este punto, la Corte dictó sentencia el 9 de febrero del 2022 otorgando compensaciones por US\$225.000.000 por daños a personas, US\$40.000.000 por daños a la propiedad y US\$60.000.000 por daños relativos a recursos naturales. Los cinco pagos anuales comenzaron el 1 de septiembre del 2022, a una tasa de 6% de interés por año.

5. LITIGACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHOS AMBIENTALES TRANSFRONTERIZOS

5.1. Daño ambiental transfronterizo en ámbitos normativos no integrados

La comprensión del daño transfronterizo como un asunto Derecho Internacional Privado, posiciona el debate en la determinación de la competencia judicial internacional y en la localización de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental. En efecto, al referirnos a perjuicios que se encuentran deslocalizados en más de un Estado por ser transfronterizos o por haber comenzado el principio de ejecución en un Estado y luego manifestar sus consecuencias en otro. Esta realidad fáctica se encuentra con una realidad normativa que protege el medio ambiente en estatutos de naturaleza público-administrativa. En la experiencia europea, el proceso de armonización de normas y estándares ambientales iniciado por las Comunidades Europeas ha dado lugar a Reglamentos comunitarios y Directrices comunitarias, cuyo objeto es la

²⁹ CIJ. Caso *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Fallo (19.12.2005).

aplicación de estándares consensuados, procedimientos de investigación o denuncia estandarizados y el establecimiento de responsabilidades básicas³⁰. Esta armonización normativa ha sido necesaria en un sistema con regímenes y culturas jurídicas muy dispares. Para el aparato judicial, la contaminación transfronteriza ha supuesto siempre contar con un sistema normativo de Derecho Administrativo, Penal y Civil coherentes, cuestión que en el caso de los daños transfronterizos se suma al complejo *estatus quo* del marco normativo que entrega el Derecho comunitario europeo y el Derecho sectorial según sea su grado de desarrollo³¹.

En nuestro caso, no profundizaremos sobre el desarrollo comunitario europeo remitiéndonos a la bibliografía específica³². Nos referirnos en forma específica a los países que nos interesan en este punto: Chile, Argentina, Bolivia y Perú, para abordar analíticamente los problemas de la litigación internacional privada asociada a daños ambientales transfronterizos.

En Chile, la litigación transfronteriza encuentra como único marco normativo de Derecho Internacional, el Tratado de Integración y Complementación Minera celebrados entre Chile y Argentina³³.

³⁰ Arístegui Sierra, Juan Pablo, “Competencia Judicial y Ley aplicable en materia de responsabilidad por daños al ambiente transfronterizos: el régimen de la Unión Europea”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 16 (2011): 45-74. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722011000100002>. Moscoso Restovic, Pía, «Distinciones conceptuales para determinar el foro competente para un daño ambiental internacional. Estudio de derecho comparado con base en el artículo 5.3 del Reglamento (CE) Bruselas I.», *Revista de Derecho*, n° 38 (2012): 1-35. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85124997001>. Moscoso Restovic, Pía, “Principios de competencia judicial internacional y de protección del medio ambiente”, *Ius et Praxis* 17, n° 2 (2011): 283-304. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200010>.

³¹ Fach Gómez, Katia, “The Law applicable to cross-border environmental damage: from the european national systems to Rome II”, 291-318. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1675549>.

³² Moscoso Restovic, Pía, “Lugar del hecho dañoso: foro de competencia internacional por daño ambiental. Experiencia europea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XII (2012): 229-257. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2012.12.398>.

³³ Decreto Supremo N° 2.275, de 2000, del Ministerio de Relaciones Exteriores (D.O. 07.02.2001). Promulga el Tratado con Argentina sobre integración y complementación minera y sus Anexos I y II, su Protocolo Complementario y el Acuerdo que corrige dicho Protocolo.

Los conflictos ambientales transfronterizos que se puedan producir entre los vecinos a Chile, los Estados de Bolivia y Perú están sujetos a la aplicación del Derecho Internacional General. De aquí la importancia de determinar el marco normativo que se aplica a parques nacionales, reservas y ecosistemas transfronterizos protegidos por Tratados Internacionales. Asimismo, ríos y cursos de agua naturales y artificiales internacionales, glaciares, lagos, lagunas y bienes naturales transfronterizos. Los esfuerzos de coordinación para el desarrollo de evaluaciones ambientales estratégicas e integradas entre los Estados se enfrentan a cuestiones prácticas relacionadas con los medios y recursos humanos y materiales que cada Estado pone a disposición para estos fines, los cuales siguen siendo precarios. En el caso de los eventuales conflictos en la frontera chileno-boliviana, nos encontramos además con el agravante de que ambos Estados no tienen relaciones diplomáticas, lo que ha impedido avanzar en la elaboración de Estatutos con obligaciones internacionales para la información, control, coordinación y monitoreo de recursos compartidos. La frontera entre estos países, establecida por los macizos más importantes de la Cordillera de los Andes, no sólo aconseja expediciones para la determinación cierta de impactos y daños ambientales, sino muy especialmente la evaluación de proyectos mineros de gran envergadura. Contrario a lo que se pudiera pensar, con Perú, la situación no es diferente debido a la presencia de faenas mineras instaladas en territorio peruano, cercanas a un río internacional con Chile³⁴. En todos estos casos existe alta posibilidad de litigación internacional por daños al medio ambiente.

En efecto, el desbalance al interior de los ordenamientos jurídicos por lagunas o vacíos normativos relacionados con la protección ambiental podrían escalar a conflictos transfronterizos. La anomia en la protección de ecosistemas transfronterizos no ha impedido que se desarrolle tecnología para identificar alteraciones en la calidad del medio ambiente de frontera, análisis geográficos en base a cartografía aportada por privados, estudios de las dinámicas sociales alrededor de los recursos naturales, propuestas de eficiencia en la exploración y explotación de yacimientos de minerales o gas transfronterizos y el manejo de recursos hídricos y criosféricos superficiales

³⁴ Romero, H., Videla, A. y Gutiérrez, F., “Explorando conflictos entre comunidades indígenas y la industria minera en Chile: las transformaciones socioambientales de la región de Tarapacá y el caso de Lagunillas”, *Estudios Atacameños*, n° 55 (2017): 231-250. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-10432017005000019>.

o subterráneos en la frontera. Estos estudios³⁵ han concluido que la ambigüedad y vacíos normativos tiene efectos a nivel legal, institucional, económico, social y político. El marco legal ambiguo o indefinido termina con declaraciones de derechos a los recursos naturales (*vgr.* El derecho al agua) de alta complejidad por el contenido de esos derechos³⁶. De esta forma, coinciden sobre el mismo recurso natural la posible aplicación de estatutos normativos de naturaleza pública y privada, de protección, derechos de propiedad y tutela de derechos humanos.

A modo de ejemplo comparado, algunos estudios³⁷ basados en la metodología de evaluación de Acuíferos Transfronterizos del Programa ISARM/Américas (Unesco, 2015), demuestran que en los casos de alto riesgo ambiental por *fracking* en la frontera México-USA (Texas) existe poca información compartida entre los Estados sobre los sistemas de flujo de agua subterránea transfronteriza. Los resultados consideraron que la unidad hidrogeológica analizada era un curso hídrico internacional, lo que vino a superponer los marcos jurídicos e institucionales aplicables en Texas y México evidenciando importantes asimetrías en el acceso a la información, evaluación y gestión de cursos de agua compartidos. A diferencia de América del Norte, en donde encontramos tratados de complementación y cooperación en materia ambiental, en el cono sur, en cambio, la frontera que comparte Chile con sus Estados vecinos carece de una jurisdicción internacional en base a un Estatuto Internacional específico. De esta forma, sólo la Comisión Administradora del Tratado Minero entre Chile y Argentina aparece como un órgano internacional con facultades de coordinación, pero en ningún caso jurisdiccionales. Resulta imprescindible preguntarnos entonces por cuáles son las vías de litigación internacional privada.

³⁵ Campero, Cecilia y Harris, Leila, "The Legal Geographies of Water Claims: Seawater Desalination in Mining Regions in Chile", *Water* 11, n° 5, 2019: 886. <https://doi.org/10.3390/w11050886>.

³⁶ Lizama, Natalia, "La gobernanza ambiental transfronteriza como perspectiva para estudiar la conflictividad socioambiental en torno a la minería en zona de frontera", *Revista Iberoamericana de Viticultura, Agroindustria y Ruralidad* 4, n° 11 (2017): 52-73.

³⁷ Hatch Kuri, Gonzalo, "*Fracking* en el Acuífero Transfronterizo Edwards-Trinity-El Burro: implicaciones y daños ambientales transfronterizos," *Investigaciones Geográficas (Mx)*, n° 96 (2018): 01-20. <https://doi.org/10.14350/ig.59570>.

La presencia de tribunales nacionales civiles, ambientales y administrativos en los Estados involucrados obliga a radicar el debate sobre el marco aplicable y la jurisdicción competente en materia de daños ambientales transfronterizos. Otros cuerpos normativos internacionales binacionales y plurinacionales que rigen entre los Estados relativos a la responsabilidad civil y ambiental, se asocian al transporte terrestre y transporte marítimo de sustancias peligrosas o tóxicas. Asimismo, encontramos un Estatuto específico de responsabilidad internacional en materia de desarrollos de energía nuclear, Estatuto de la Antártica y normas de Derecho Internacional del Mar aplicables.

En todos estos casos estamos frente a estatutos normativos de excepción sectoriales que son de interpretación restrictiva. El modelo de responsabilidad internacional contenida en estos cuerpos internacionales consagra obligaciones internacionales de responsabilidad objetiva o estricta. Por lo anterior, serán los tribunales nacionales los primeros llamados a recibir demandas y denuncias de particulares (individuales o colectivos) en contra de otros particulares o contra el propio Estado por responsabilidad ambiental. La vía judicial nacional, sitúa el conflicto transfronterizo en un asunto de Derecho Internacional Privado o de derechos humanos reclamados en sede nacional. De aquí que el ejercicio por parte de privados de derechos o reclamación de tutela de derechos humanos, derechos civiles, económicos, administrativos, sociales y culturales hayan como factor común la posible asociación con daños ambientales.

Desde esta perspectiva el afectado individual o colectivo podrá apelar al marco normativo de Derecho Ambiental Internacional aplicable en su Estado de origen, en la medida en que los Principios de Derecho Ambiental Internacional constituyan para ese Estado un Derecho aplicable o donde se reconozca su aplicación como Derecho Internacional General. En efecto, desde el Principio 10 de la Declaración de Río sobre acceso efectivo a procedimientos judiciales y administrativos para la reparación y compensación ambiental, hasta los Pactos de derechos humanos económicos, sociales y culturales, encontramos un amplio marco normativo internacional aplicable a conflictos ambientales transfronterizos a los que se suman obligaciones internacionales específicas contenidas en Acuerdos Binacionales, Declaraciones al seno de Organismos Internacionales, Protocolos de acuerdo y tratados específicos de Medio Ambiente. En estos casos, la intervención de privados en conflictos ambientales transfronterizos reclama el rol subsidiario del Estado en la defensa de intereses nacionales frente a otros estados. Si bien, el juicio de reproche es distinto, tanto si nos encontramos en la jurisdicción de derechos humanos, o la jurisdicción

internacional de derecho público o económico internacional; no se puede desconocer que el hecho cierto que causa una responsabilidad nace de una acción que se considera ilícita por parte de un Estado al afectar o permitir que se afecten tanto la soberanía sobre recursos naturales de otro Estado, como la eventual amenaza a la pérdida de bienes naturales compartidos (principio de responsabilidad común pero diferenciada).

En el orden interno, por su parte, es posible que los recursos jurisdiccionales no contengan disposiciones relativas a conflictos transfronterizos, sea que no reconozca competencia sobre esta clase de daños, o sea porque no contiene un estatuto ambiental que se aplique a esta clase de asuntos. De aquí que la falta de criterios uniformes en la litigación internacional privada en caso de daños ambientales transfronterizos aconseja reconocer derechos esenciales para la litigación transfronteriza con privados.

En efecto, si bien los sistemas de responsabilidad internacional integrados son la forma ideal para resolver el manejo y protección de recursos naturales, ante la falta de dichos sistemas y el alto grado de incertidumbre en los estándares ambientales aplicables, ejercicio de tutela procesal y reconocimiento de sentencias de tribunales extranjeros en la materia; parece aconsejable en un sistema nacional unitario y pleno interpretar la tutela del derecho a la vida, la salud y la protección ambiental de la forma más cercana al mayor estándar ambiental posible. Sólo así se podrán anticipar las distorsiones entre distintos estatutos normativos y distintos foros competentes.

En materia ambiental, al menos encontramos un criterio prevalente de interpretación finalista de la normativa existente en cualquier Estado: la protección preventiva y precautoria del medio ambiente en base a la adopción de medidas oportunas y establecimiento de responsabilidades comunes y diferenciadas.

5.2. Derechos internacionales para la litigación privada

La tendencia internacional en materia de cooperación ambiental consiste en considerar como pública la información entregadas por privados a la Administración o autoridad con competencia ambiental. Tanto en Chile, como en los otros países referidos la recomendación del Consejo para la Transparencia consiste en alcanzar estándares de transparencia en los actos de la Administración Pública, que permitan ejercer las distintas competencias de gobierno y administración pública, con miras a prevenir la responsabilidad internacional del Estado por la omisión en

el control, fiscalización, prevención y justiciabilidad en los casos de daño ambiental³⁸. En el caso de Chile, el acceso a la información a través de los tribunales ambientales y del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, permite alcanzar este objetivo en mejor medida que sus pares vecinos. Finalmente sobre este punto, cabe recordar que la litigación internacional en esta materia incluye la jurisdicción de derechos humanos de nacionales del Estado potencialmente afectado por la inactividad de su vecino. En el ámbito interno, aspectos de seguridad e interés nacional consagrados en las Constituciones Políticas de los Estados, derechos de carácter económico y comercial recogidos en tratados de inversión extranjera y protegidos por la Constitución aconsejan el mejoramiento de la capacidad de respuesta a las solicitudes de información.

En materia de tutela jurisdiccional ambiental para conflictos transfronterizos resultará necesario reconocer los siguientes derechos internacionales:

- 1) El derecho de igualdad de acceso a los recursos jurisdiccionales de protección y tutela ambiental en ambos Estados para nacionales o residentes del otro Estado por daño ambiental transfronterizo.
- 2) El reconocimiento del deber de cada Estado de facilitación, cooperación y coordinación entre autoridades públicas competentes de cada Estado; de naturaleza técnica, judicial y administrativa, garantizando el acceso a la información, recolección de evidencia y producción judicial de pruebas.
- 3) Pleno reconocimiento de las sentencias extranjeras por daño ambiental transfronterizo, dictada por un tribunal imparcial competente en base al debido proceso, para ser ejecutadas contra un privado, nacional o residente en el territorio de cualquiera de los Estados que comparten recursos naturales fronterizos, cuando estos recursos han sido amenazados o afectados.
- 4) La determinación de la ley aplicable a conflictos ambientales transfronterizos, debe contar por parte de cualquiera de los Estados involucrados con factores de conexión reconocidos por el Derecho Internacional Privado y conformes con un alto grado de protección ambiental.

³⁸ Bertazzo, Silvia, "El acceso a la información ambiental en Chile", *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável* 16, n° 34, 2019: 11-39. <https://doi.org/10.18623/rvd.v16i34.1509>.

5.3. Legitimación activa en el conflicto privado internacional

En el medio nacional, la doctrina³⁹ ha aconsejado que la legitimación activa del denunciante-recurrente en conflictos administrativos ambientales sea resuelto caso a caso, sin una fórmula general de admisión o denegación y sin establecer relación entre la legitimación en el denuncia administrativo y la legitimación en el procedimiento judicial. En términos generales, la posibilidad de presentar una alegación y la prueba sobre la calidad de interesado, o denunciante cualificado, es una facultad privativa de la autoridad pública. Esto no quiere decir, en modo alguno, que la ley o los reglamentos no definan quienes son los titulares para el ejercicio de acciones ambientales. Por su parte, la calificación de un derecho es una cuestión de fondo que para resolverse necesita primero que la denuncia o reclamo administrativo sea declarado admisible. Sin duda este reconocimiento sobre la capacidad de denuncia es un mecanismo que flexibiliza las relaciones privadas internacionales, porque permite que el denunciante interesado en el procedimiento administrativo sancionador pueda participar. Desde luego la discusión sobre la calidad de agraviado, o denunciante calificado, es una cuestión que no puede ser resuelta por un órgano administrativo ante sí mismo, porque no tiene ni los procedimientos ni la competencia para hacerlo. Serán los tribunales ambientales en el caso chileno, o los tribunales con competencia ambiental en los demás casos, los que definan la calidad de cada interviniente en el proceso administrativo, habida cuenta del ejercicio de una pretensión jurídica que finalmente encierre un daño directo.

En este sentido, el reconocimiento de acciones populares o de legitimaciones activas en materia ambiental se funda en conceptos de “interés público” e “interés nacional”. No abordaremos ambos conceptos en este trabajo, sino sólo para indicar la importancia que alcanzan en el reconocimiento de la legitimación activa cuando el titular de derechos es un nacional o residente extranjero en un conflicto ambiental transfronterizo.

En efecto, el interés público está referido a un bien jurídico colectivo, mientras que el interés nacional se refiere a un interés estatal o de alcance nacional para la seguridad del Estado. En ambos casos los órganos de la administración pública ejercen atribuciones, facultades y potestades, mientras

³⁹ Hunter Ampuero, Iván, “La legitimación popular del denunciante en la nueva justicia ante los tribunales ambientales”, *Revista de Derecho (Concepción)* 87, n° 245 (2019): 181. <https://doi.org/10.4067/s0718-591x2019000100173>.

que los órganos jurisdiccionales se ven en la necesidad de determinar los límites de estos derechos, de las atribuciones públicas ejercidas por el Estado y de delimitar el ámbito de sus propias competencias jurisdiccionales.

En materia ambiental, Chile consagra en el artículo 21 de la LOSMA la siguiente facultad frente a la Administración Pública chilena competente, representada por la Superintendencia del Medio Ambiente⁴⁰:

“Cualquier persona podrá denunciar ante la Superintendencia el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental y normas ambientales, debiendo ésta informar sobre los resultados de su denuncia en un plazo no superior a 60 días hábiles. En el evento que producto de tales denuncias se iniciare un procedimiento administrativo sancionador, el denunciante tendrá para todos los efectos legales la calidad de interesado en el precitado procedimiento”.

Algunos estudios⁴¹ han advertido el cuidado en no identificar esta facultad como una acción colectiva, por no coincidir el interés que se necesita para hacer este tipo de denuncias de naturaleza administrativa ante un órgano competencia ambiental, con el tipo de interés directo y pretensión que se solicitan en una acción colectiva o popular ejercida en sede jurisdiccional.

En Perú, en cambio, encontramos disposiciones constitucionales que reconocen intereses públicos e intereses nacionales en el uso y explotación de recursos naturales. El Tribunal Constitucional peruano señaló el sentido y alcance del artículo 66 de la Constitución peruana en relación con la Ley N° 26.821, Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en Perú⁴², sentando la doctrina sobre la explotación de recursos naturales indicando: “La explotación de los recursos naturales no puede ser separada del interés nacional”⁴³ y “El uso de los recursos na-

⁴⁰ Ley N° 20.417, que Crea Ministerio, Servicio de Evaluación Ambiental y Superintendencia de Medio Ambiente (26.01.2010).

⁴¹ Hunter Ampuero, Iván. “La legitimación popular del denunciante en la nueva justicia ante los tribunales ambientales”, 186.

⁴² Constitución Política del Perú. “Artículo 66.- “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú. Exp. N° 00028-2008-PI/TC (fundamentos 29 a 31).

turales debe de hacerse de manera sostenible”⁴⁴. Esta interpretación está en línea con entregar al Estado peruano amplias facultades para rescindir concesiones administrativas de exploración y explotación sobre recursos naturales en su territorio. De aquí que constituye una obligación para propio Estado peruano otorgar, reconocer y respetar sólo los usos sustentables de sus propios recursos. Si esta obligación puede extenderse a los usos de recursos naturales compartidos resulta ser algo perfectamente alegable al amparo de esta normativa.

6. CONCLUSIÓN

En la jurisdicción de Derecho Internacional la aplicación del Derecho Internacional General, los Principios de Derecho y las normas de *ius cogens* constituyen la fuente principal de normas jurídicas aplicables a la solución de conflictos entre Estados. Sin embargo, el medio ambiente se ha convertido en una variable económica, social, política y cultural que incide directamente en la determinación del estatuto normativo aplicable a un conflicto internacional. En los casos de recursos naturales compartidos (*vgr.* la gestión de un río, un canal o un cauce internacional) encontramos que la determinación del ilícito internacional es calificado en base al incumplimiento de obligaciones internacionales establecidas en el Derecho Internacional General, cuyo sentido y alcance si está en condiciones de considerar contenidos ambientales, evaluar el grado de cumplimiento de un estándar ambiental y definir compensaciones en caso de daño, pérdida, peligro o amenaza de daño ambiental.

Si bien las cortes internacionales han sido reticentes a fundar sus fallos en principios de Derecho Ambiental Internacional, resulta que la calificación de la licitud o ilicitud de una acción y la determinación del monto compensatorio sí han tomado en consideración el impacto al medio ambiente, la calidad de las aguas, la afectación de servicios ecosistémicos y las amenazas o riesgos potenciales a comunidades humanas y ecosistemas. Los conflictos internacionales entre estados han pasado de asuntos estrictamente territoriales, a considerar relaciones entre comunidades fronterizas, calidad y cantidad de recursos naturales transfronterizos y eventuales daños, riesgos o amenazas ambientales.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú. Exp. No 05719-2005-PA/TC (fundamentos 12 y 13).

BIBLIOGRAFÍA

- Abello-Galvis, Ricardo y Arévalo-Ramírez, Walter. “Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 28, n° 2 (2019): 217–222. <https://doi.org/10.1111/reel.12290>.
- Arístegui Sierra, Juan Pablo. “Competencia Judicial y Ley aplicable en materia de responsabilidad por daños al ambiente transfronterizos: el régimen de la Unión Europea”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 16 (2011): 45-74. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722011000100002>.
- Bastmeijer y Timo Koivurova (Eds.). *Theory and practice of transboundary environmental impact assessment* 1 (2008). https://doi.org/10.1111/j.1467-9388.2008.592_2.x.
- Bertazzo, Silvia, “El acceso a la información ambiental en Chile”, *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável* 16, n° 34 (2019): 11–39. <https://doi.org/10.18623/rvd.v16i34.1509>.
- Brack, Duncan. *International Environmental Disputes. International Forums for Non-compliance and Dispute Settlement in Environment-related Cases* (2001): 1-17.
- Campero, Cecilia y Harris, Leila. “The Legal Geographies of Water Claims: Seawater Desalination in Mining Regions in Chile”, *Water* 11, n° 5, 2019: 886. <https://doi.org/10.3390/w11050886>.
- Campusano Droguett, R. y Romero Zurbuchen, P. “Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC”, *Revista Actualidad Jurídica* 19, n° 2 (2009): 651-680. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/03/AJ-Num-19-2-P651.pdf>.
- Castro Valle, Claudia. “Soluciones del Derecho Internacional Privado para Deducir Responsabilidad Civil por Daño Ambiental Transfronterizo en Honduras”, *Innovare: Revista de ciencia y tecnología* 3, n° 1 (2014): 1–13. <https://doi.org/10.5377/innovare.v3i1.2309>.
- Castro Valle, Claudia y Pelao Moreno, Guillermo (dir.). *Las bases para un sistema uniforme de Derecho Internacional Privado en Centroamérica para las acciones de grupo por daño ambiental transfronterizo*. Tesis Doctoral. <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/59292/Tesis%20Doctorado%20versión%20definitiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Castro Valle, Claudia. “La posible aplicación del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* para abordar el daño ambiental transfronterizo en el ordenamiento jurídico hondureño”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 32, n° 1, 2019: 157–170. <https://doi.org/10.4067/s0718-09502019000100157>.
- Costa Cordella, Ezio. “La Justicia Ambiental en la Evaluación de Desempeño Ambiental: Chile 2016 de la OCDE”, *Revista de Derecho Ambiental* 5, n° 7, 2017: 94–113. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2017.46450>.
- Coulon, A. “The International Court of Justice and the Protection of the Environment”, en *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*, Eds. Sobenes, E., Mead, S., Samson, B., 2022, 37–70. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-507-2_2.

- De Clement, Zlata. “Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el Sistema Internacional y en el Interamericano”. *Jornadas de Derecho Internacional OEA*, (2001): 81-92. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artprincipiosdeprecaucionprevencion.pdf>.
- Etchepareborda Del Roscio, Ignacio. *Evolución en la responsabilidad internacional por daños transfronterizos desde el caso Trail Smelter a la fecha*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (2020). <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/183751/Evolucion-en-la-responsabilidad-internacional-por-daños-transfronterizos-desde-el-caso-Trail-Smelter.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Fach Gómez, Katia. “The Law applicable to cross-border environmental damage: from the European national systems to Rome II”, 291-318. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1675549>.
- Fernández Rozas, J. C. *Derecho Internacional Privado*: Civitas, 2001.
- Gómez-Robledo Verduzco, Alonso. *Responsabilidad Internacional Por Daños Transfronterizos*: México, E. Templos Núñez, 2° ed., 2014.
- Hatch Kuri, Gonzalo. “Fracking en el Acuífero Transfronterizo Edwards-Trinity-El Burro: implicaciones y daños ambientales transfronterizos,” *Investigaciones Geográficas (Mx)*, n° 96 (2018): 01-20. <https://doi.org/10.14350/rig.59570>.
- Hervé Espejo, Dominique, Carmona Caldera, Carlos y Emilfork Orthusteguy, Marcos. “Acceso a la justicia ambiental y Consulta Indígena en el procedimiento de constitución de concesiones de explotación minera en Chile”. *Amicus Curiae* (2021): 1-35. <https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2021/07/PDPA-Amicus-curiae-AIAC-VF30.pdf>.
- Hervé Espejo, Dominique, y Dusanka Inostroza, Skaric. “La obligación internacional de evaluación de los impactos ambientales transfronterizos y su aplicación en Chile”, *Revista De Derecho* 35, n° 1 (2022): 103-23. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502022000100103>.
- Hunter Ampuero, Iván. “La legitimación popular del denunciante en la nueva justicia ante los tribunales ambientales”, *Revista de Derecho (Concepción)* 87, n° 245 (2019): 173-199. <https://doi.org/10.4067/s0718-591x2019000100173>.
- Joly Hébert, J. “Jurisdiction and Applicable Law (Jurisdiction Ratione Materiae)”. en *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*, Eds. Sobenes, E., Mead, S., Samson, B. (2022), 383-414. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-507-2_13.
- Kazhdan, Daniel. “Precautionary Pulp: ‘Pulp Mills’ and the Evolving Dispute between International Tribunals over the Reach of the Precautionary Principle”. *Ecology Law Quarterly* 38, n° 2 (2011). <http://www.jstor.org/stable/24115078>.
- Lizama, Natalia. “La gobernanza ambiental transfronteriza como perspectiva para estudiar la conflictividad socioambiental en torno a la minería en zona de frontera”, *Revista Iberoamericana de Viticultura, Agroindustria y Ruralidad* 4, n° 11 (2017): 52-73. <https://www.redalyc.org/journal/4695/469550538004/html/>.
- Marceau, G. “WTO Dispute Settlement and Human Rights” *European Journal of International Law*, 13, n° 4, 2022: 753-814. <https://doi.org/10.1093/ejil/13.4.753>.
- Moscoso Restovic, Pía. “Principios de competencia judicial internacional y de protección del medio ambiente”, *Ius et Praxis* 17, n° 2 (2011): 283-304. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200010>.

- Moscoso Restovic, Pía. “Distinciones conceptuales para determinar el foro competente para un daño ambiental internacional. Estudio de derecho comparado con base en el artículo 5.3 del Reglamento (CE) Bruselas I.” *Revista de Derecho*, n° 38 (2012): 1-35. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85124997001>.
- Moscoso Restovic, Pía. “Lugar del hecho dañoso: foro de competencia internacional por daño ambiental. Experiencia europea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XII (2012): 229-257. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2012.12.398>.
- Moscoso Restovic, Pía. «Principio favor laesi y ‘parte más débil’ en la competencia judicial internacional por daño ambiental”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XLV, n° 134 (2012): 571-594.
- Romano, Cesare. “International dispute settlement”, *Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2007. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969021.
- Romero, H., Videla, A. y Gutiérrez, F. “Explorando conflictos entre comunidades indígenas y la industria minera en Chile: las transformaciones socioambientales de la región de Tarapacá y el caso de Lagunillas”, *Estudios Atacameños*, n° 55 (2017): 231-250. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-10432017005000019>.
- Tignino, Mara y Brethaut, Christian. “The role of international case law in implementing the obligation not to cause significant harm”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 20, n° 4 (2020): 631-648. <https://doi.org/10.1007/s10784-020-09503-6>.
- Ward, Halina. “Securing transnational corporate accountability through national courts: implications and policy options”, *Hastings International and Comparative Law Review*, 24, n° 3 (2001): 451-474. https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1548&context=hastings_international_comparative_law_review.



Inteligencia jurídica en expansión

Somos **la tecnología aplicada**
a las necesidades de los
profesionales del Derecho

Conózcanos, pruébenos y viva
la **experiencia LegalTech**
que le ofrecemos

 +56233217150

 info_chile@tirant.com

prime.tirant.com/cl/