



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

**EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN LA
DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN AMBIENTAL
Y SU REVISIÓN JUDICIAL**

TRABAJO DE MAGÍSTER

ROMINA C. ROSS PICERO.

**VALDIVIA – CHILE
2018**

Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

INFORME DE APROBACIÓN TRABAJO FINAL DE MAGÍSTER

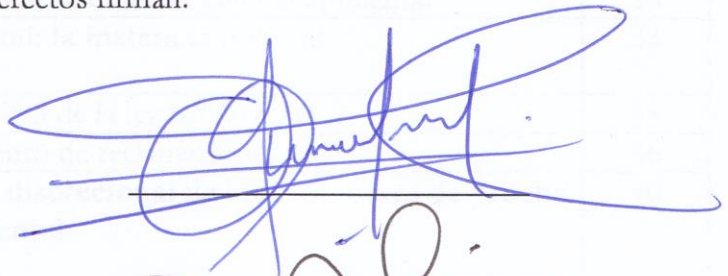
La Comisión Evaluadora de Tesis (o Trabajo Final) comunica al Director de la Escuela de Graduados de la Facultad de Ciencias que el Trabajo Final de Magíster presentado por la candidata

ROMINA CONSTANZA ROSS PICERO //

ha sido aprobado en el Examen de Defensa rendido el día 15 de marzo de 2018, como requisito para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Público y, para que así conste para todos los efectos firman:

Profesor Patrocinante:

Iván Hunter Ampuero

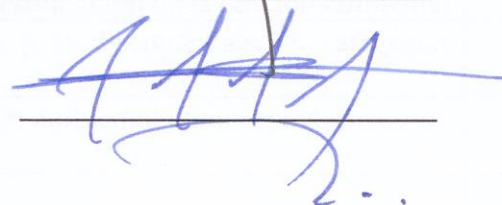
A large, stylized signature in blue ink, written over a horizontal line.

Comisión Evaluadora:

Daniela Accatino Scagliotti

A signature in blue ink, written over a horizontal line.

Juan Sebastián Vera Sánchez

A signature in blue ink, written over a horizontal line.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Títulos y subtítulos	página
Resumen	6
Introducción	7
Primer capítulo: Estándares de prueba y su vinculación con la imposición de la sanción ambiental	10
1. La relevancia de los estándares de prueba en la decisión sobre los hechos	10
1.1. La decisión sobre los hechos en las sanciones administrativas	10
1.2. Funcionamiento de los estándares: la distribución de los riesgos epistémicos de error	14
1.3. Algunas problemáticas en torno a la decisión sobre los hechos	18
1.3.1. Las reglas de la carga de la prueba	19
1.3.2. La exclusión del estándar de la duda razonable	21
2. La imposición de la sanción ambiental: la instancia administrativa	25
2.1. La potestad sancionadora como herramienta para la protección del medio ambiente	25
2.2. El contexto reglado para la determinación de la sanción ambiental	28
3. La revisión de la sanción ambiental: la instancia judicial	33
3.1. La competencia del artículo 17 N° 3 de la ley N° 20.600	33
3.2. Marco normativo del procedimiento de reclamaciones	36
Segundo capítulo: La determinación discrecional de los estándares de prueba en la imposición de la sanción ambiental	40
1. La postura del estándar probatorio flexible	40
1.1. La discrecionalidad del regulador en la determinación de la sanción ambiental	40
1.1.1. Los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad: categorías conceptuales diferenciadas	47
1.2. La determinación discrecional de la sanción ambiental como una decisión de política pública	51
2. El control judicial del acto discrecional	51

2.1. Análisis doctrinal	55
2.2. ¿Cuál es la extensión e intensidad del control judicial?	57
2.3. La imposibilidad de sustituir el contenido discrecional del acto sancionatorio ambiental	65
2.4. El deber de motivar el acto discrecional	70
3. La elección del estándar probatorio en el marco de la flexibilidad	79
3.1. La motivación de la elección en el acto sancionatorio	80
3.2. Supuestos de suficiencia probatoria	81
Conclusión	90
Bibliografía extendida	92

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CPR	Constitución Política de la República
CC	Código Civil
CPC	Código de Procedimiento Civil
LOSMA	Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente
TA	Tribunales Ambientales
SMA	Superintendencia del Medio Ambiente
C.G.R.	Contraloría General de la República
RCA	Resolución de Calificación Ambiental
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de evaluación de impacto ambiental
UTA	Unidad Tributaria Anual

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto determinar cuál es el umbral de suficiencia probatoria requerido para la imposición de la sanción ambiental, y en dicho contexto, cuál es la incidencia de los Tribunales Ambientales en su determinación, en función de un análisis de la normativa, doctrina nacional y extranjera, y la jurisprudencia nacional. Se analizará el funcionamiento, tipos, supuestos de suficiencia probatoria y problemáticas asociadas a los estándares probatorios, y su relevancia en la determinación de la sanción ambiental, al tiempo que se abordarán temas tan discutidos como la discrecionalidad administrativa, su control e intensidad, la sustitución del contenido discrecional y la motivación del acto, para culminar el trabajo con la proposición de un estándar flexible. El estudio pretende destacar que los estándares tienen una incidencia directa en el aumento o disminución de decisiones erróneas, y cuyas consecuencias, ante el vacío normativo en la materia, repercute en la salud y vida de la población, y en el medio ambiente.

ABSTRACT

The objective of this work is to determine what is the threshold of evidentiary sufficiency required for the imposition of the environmental sanction, and in that context, what is the incidence of the Environmental Courts in its determination, based on an analysis of the regulations, national doctrine and foreign, and national jurisprudence. The functioning, types, assumptions of evidentiary sufficiency and problems associated with the evidentiary standards will be analyzed, as well as their relevance in the determination of the environmental sanction, while the topics discussed will be addressed, such as administrative discretion, control and intensity, substitution of the discretionary content and the motivation of the act, to complete the work with the proposition of a flexible standard. The study wants to emphasize that standards have a direct incidence on the increase or decrease of wrong decisions, and whose consequences, considering the absence of regulations, affects the health and life of the human population and the environment.

INTRODUCCIÓN

El fortalecimiento de la potestad sancionadora de la Administración en materia ambiental, en virtud de la nueva institucionalidad, es manifestación de la relevancia que la protección ambiental ha adquirido en la sociedad moderna, y cuyo ejercicio concreta el fin público a que está llamada la Administración, en el contexto de lo que la ley N° 19.300 define como protección del medio ambiente, esto es: “el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro.”¹ En concreto, en el sancionatorio ambiental, confluyen intereses públicos y privados, ligados por un lado, a los que demandan la protección de su libertad económica, y por otro lado, los que exigen la protección de la vida, salud de la población, propiedad, y su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a consecuencia, de la ocurrencia de un hecho que eventualmente genera riesgo, peligro o daño medio ambiental. En consecuencia, se pone de relieve la complejidad del escenario de estudio, sumado al componente técnico y científico que lo define.

En este contexto, la decisión sancionatoria adquiere relevancia, y más precisamente, los estándares probatorios y las reglas sobre la carga de la prueba, en la medida que condicionan su determinación y con ello su eficacia, con incidencia directa en el aumento o disminución de decisiones erróneas, en un contexto donde impera la discrecionalidad. Externalizar esta idea es el propósito del presente trabajo. Sin embargo, se presentan una serie de problemáticas ligadas principalmente a que ambas herramientas no poseen

¹ Artículo 2° letra q) de la ley N° 19.300, 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

consagración normativa, problemáticas que en lo sucesivo se abordarán críticamente en algunos pasajes del trabajo.

El objeto de estudio se centrará en determinar cuál es el umbral de suficiencia probatoria requerido para la imposición de la sanción ambiental, y en dicho contexto, cuál es la incidencia de los TA en su determinación, a la luz de las siguientes hipótesis principales: el estándar probatorio forma parte del contenido discrecional del acto sancionatorio ambiental, por lo tanto, no puede ser sustituido por los TA al efectuar su revisión judicial. Luego, el órgano administrativo ambiental podrá aplicar un estándar flexible de suficiencia probatoria en su determinación, en ejercicio de la potestad sancionadora exclusiva que le ha sido atribuida.

Para abordarlo, en el primer capítulo se analizará la vinculación de los estándares de prueba con la imposición de la sanción ambiental. La relevancia de los estándares en la decisión sobre los hechos, tipos y su funcionamiento, así como el contexto reglado y discrecional de la imposición de la sanción ambiental, tanto en la instancia administrativa y judicial. En su desarrollo se adoptarán posturas claras, respecto a la distribución de las reglas sobre la carga de la prueba en el sancionatorio ambiental y la exclusión en esta materia del estándar anglosajón de la duda razonable. Para fundamentarlo se revisará literatura nacional y extranjera, jurisprudencia administrativa y judicial y, principalmente, interpretación de normativa aplicable.

Por su parte, el segundo capítulo, se estructura bajo la premisa de la determinación discrecional de los estándares de prueba para la imposición de la sanción. Para ello se abordarán temas tan discutidos como es el control judicial de la discrecionalidad administrativa, la intensidad de dicho control, la motivación de los actos discrecionales, y la imposibilidad de sustituir o reemplazar su contenido, para culminar con la postura de la elección discrecional y flexible de los estándares probatorios, bajo la formulación

de supuestos de suficiencia probatoria objetivos y necesariamente motivados en el acto sancionatorio. Se propone diferenciación de estándares según la gravedad de la infracción ambiental. Para abordarlo, se revisará doctrina nacional y extranjera, jurisprudencia administrativa y judicial actualizada, y escasamente normativa aplicable.

Se adelanta que el objeto de estudio en concreto ha sido poco abordado, lo que complejizó necesariamente su estudio, abriendo paso en muchos pasajes a un análisis autónomo principalmente al llevar temáticas generales al derecho Ambiental. Sin embargo, con la ayuda de juristas connotados como Michelle Taruffo, Jordi Ferrer, y Marina Gascón, quienes han desarrollado ampliamente los estándares probatorios en el marco del derecho probatorio, el desarrollo y análisis en el presente trabajo es acabado.

PRIMER CAPÍTULO: ESTÁNDARES DE PRUEBA Y SU VINCULACIÓN CON LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN AMBIENTAL

1. LA RELEVANCIA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS

1.1. La decisión sobre los hechos en las sanciones administrativas

Las sanciones administrativas operativizan las reglas jurídicas y su cumplimiento. Para que exista sanción debe existir una reconstrucción de hechos pasados que constaten una infracción determinada. La infracción, o la tipificación de conductas ilícitas y la sanción, por mandato constitucional es una función entregada al legislador. Es decir, la tipificación de la infracción y su correlato o consecuencia jurídica -la sanción- deberá efectuarla el legislador por mandato constitucional.

Dicha reconstrucción fáctica requiere de un diseño institucional que lo sustente, el que condiciona la eficacia de la regla jurídica, moderando su aplicación para un caso en particular. El estudio de la forma en que estos diseños se expresan depende de los estándares de prueba aplicables en un ordenamiento sectorial determinado. La opción institucional por un estándar probatorio u otro, reflejará la toma de posición de la sociedad acerca del valor que se le asignará a la protección concreta de los diferentes bienes jurídicos en juego en un contexto normativo determinado. En consecuencia, la opción institucional se concreta en una decisión política, que refleja abstractamente la voluntad de la sociedad en una ley que la contiene.

La sanción administrativa se define como la responsabilidad resultante para el administrado, producto de la comisión u omisión de una infracción administrativa. Ello se constata, a través de un procedimiento administrativo que hace las veces de un iter probatorio estructurado en tres momentos importantes; la fijación de los hechos, su valoración y el momento de la decisión. En esta última etapa, adquieren relevancia los estándares probatorios y las reglas sobre la carga de la prueba, toda vez que condicionan la decisión sobre los hechos controvertidos, probados, y valorados en el procedimiento administrativo.

Tanto en la determinación de los hechos que constituyen la infracción, como en la aplicación de la sanción administrativa, interviene un órgano de la Administración del Estado, previamente habilitado por el ordenamiento jurídico mediante la entrega de una potestad expresa. De esta forma, el legislador tipifica la infracción y la sanción, al tiempo que entrega a un órgano de la Administración la potestad para aplicarla.

El funcionamiento de un procedimiento administrativo sancionatorio, en el cual existen posiciones contrapuestas, controversia sobre hechos, y se rinde prueba sobre ellos, se asemeja al proceso judicial, en términos epistémicos. En concreto, el órgano de la Administración, en los mismos términos que el juez -mediante un razonamiento abductivo- luego de valorar racionalmente la prueba, deberá recurrir a un estándar probatorio para la toma de decisiones. Es por ello, que la labor de encuadrar hechos en el supuesto de hecho de la norma que tipifica la infracción, la aplicación de reglas de valoración probatoria, la deducción del grado de corroboración probatoria de la hipótesis, y la aplicación de un umbral de certidumbre para la aplicación de la sanción, vinculan a la Administración del mismo modo que al juez, dado que funcionan en el procedimiento administrativo sancionador de la misma forma que lo hacen en los procesos judiciales, como reglas mínimas de racionalidad. Tanto el procedimiento

sancionador y el proceso judicial, en cuanto conducto para la aplicación de normas jurídicas, confluyen en la búsqueda de la verdad sobre los hechos².

La reconstrucción de los hechos que constituyen la infracción, a través del procedimiento administrativo, es un procedimiento de comprobación de hechos que por definición son pasados. La falta de certeza nos sitúa en el plano del razonamiento probabilístico, y en ese entendido, la búsqueda de la verdad “relativa” supone que los resultados de las pruebas garanticen una cierta probabilidad sobre la verdad de la hipótesis que se pretende corroborar. Valorar libre y racionalmente consiste en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis, a la luz de las pruebas e informaciones disponibles, es suficiente para aceptarla como racionalmente “verdadera”. Por ello, la principal tarea a la que se enfrenta la valoración racional es la de medir la probabilidad de dicha veracidad, es decir, el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, o su aceptabilidad.³

² La reconstrucción fáctica en el marco de un proceso judicial o procedimiento administrativo siempre supone la búsqueda de la verdad relativa en dicho contexto, y nunca una verdad absoluta. La doctrina está conteste en afirmar que los resultados de las pruebas nunca garantizan una verdad absoluta, sino un cierto “grado de certeza” o de probabilidad sobre la verdad de la hipótesis probada. Entonces, sólo podemos hablar de verdad en términos probabilísticos y, consecuentemente, las inferencias probatorias serán siempre probables. En este sentido, lo afirma Marina Gascón al señalar: “la prueba judicial, en cuanto actividad encaminada a averiguar la verdad de los hechos relevantes para la causa, no es una actividad libre, sino que se desarrolla a través de un más o menos estricto sistema de reglas y cauces institucionales que muchas veces limitan y otras claramente impiden la consecución de ese objetivo. De otro lado, razones epistemológicas; el razonamiento probatorio está constituido básicamente por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o incluso por inferencias basadas en generalidades sin demasiado fundamento o sencillamente en perjuicios.” GASCÓN, M., Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, Editorial Doxa, 2005, p. 128. Sobre el particular, verdad probabilística como finalidad de la actividad procesal y la actividad científica, ver ROSS, R., La valoración de la prueba científica en el proceso penal. Tesis para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, p. 7 y sgtes.

³ GASCÓN, M., Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, Editorial Doxa, 2005, p. 129.

La valoración probatoria se enfoca en otorgar epistemológicamente grados de probabilidad (peso probatorio) a una hipótesis determinada, pero no señala cuál es el nivel de probabilidad suficiente de dicha hipótesis para considerarla “verdadera” en términos probabilísticos, como sí lo hacen los estándares de prueba, siendo éste el contexto en el cuál se desenvuelven.

Los estándares probatorios se definen, como “los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”.⁴ Su construcción implica definir dos cosas: qué grado de probabilidad se requiere para estimar como verdadera una hipótesis y, a su vez, supone formular criterios objetivos para determinar cuándo se alcanza ese grado de probabilidad exigido.⁵

La función de los estándares probatorios en sistemas de libre valoración (sana crítica, íntima convicción o en conciencia)⁶, es precisamente la de fijar ese umbral de suficiencia, estableciendo con menor o mayor grado de exigencia que tal concluyentes deben ser las pruebas para considerar probada una hipótesis.

La conciencia de la relevancia de los estándares de prueba se difumina en países que cuentan con tradición romano-germánica⁷, como el nuestro. Pareciera que solo basta oír

⁴ GASCÓN, M., Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, Editorial Doxa, 2005, p. 129.

⁵ GASCÓN, M., Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, Editorial Doxa, 2005, p. 129.

⁶ En los sistemas de prueba legal o tasada es el legislador y no el juez quien atribuye un resultado probatorio a los distintos medios de prueba.

⁷ En este sentido, se señala: “Pero el problema de los sistemas del civil law respecto de los estándares de prueba es el mismo: su práctica inexistencia. (...) Como ha mostrado muy convincentemente LAUDAN (2003 y 2006:29-62), si no disponemos de un criterio que nos indique las condiciones en que la duda será razonable (tratándose del estándar penal, de tradición anglosajona a los sistemas continentales) (que no podrá ser cuantitativo), no podremos decir en ningún caso que disponemos de un estándar de decisión objetivo (o al menos intersubjetivo) y cognoscible a priori. Y esto producirá (y produce) serio problemas para la finalidad motivadora de la conducta propia del derecho; si no disponemos de un estándar de

toda la prueba admitida y practicada en juicio para considerar que la convicción del aplicador es firme y sólida. Pero, ¿no será que el ciudadano parte del proceso se encuentra en la total indefensión, aunque se le asegura la protección del derecho al debido proceso y el derecho a la prueba, si finalmente termina siendo responsable y sancionado porque el juzgador considera que está persuadido, sólidamente convencido, etc.? Pareciera ser indispensable enfatizar la necesidad de su formulación, dado que genera certeza y seguridad jurídica para casos similares, evita decisiones erróneas, garantizando una mayor racionalidad general, limitando de manera importante la discrecionalidad y eventual arbitrariedad en la decisión. La epistemología construye ese estándar, pero no determina el umbral.

1.2. Funcionamiento de los estándares: la distribución de los riesgos epistémicos de error

Fijar un umbral de suficiencia probatoria implica distribuir los riesgos de error, entre aceptar como verdadero lo que es falso y no aceptar como verdadero lo que es verdadero, sancionando o absolviendo consecuentemente a un presunto infractor⁸. Mientras más exigente es el estándar, más cercanos a la verdad estaremos, debido a que la corroboración probatoria exigida será más alta. Sin embargo, mientras más alto es el estándar, más disfuncional epistemológicamente se vuelve, toda vez que contiene riesgos

prueba cognoscible a priori, las decisiones judiciales no podrán ser previsibles, lo que impide la adaptación estratégica de la conducta a la decisión prevista”. VÁSQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 35.

⁸ En este punto Marina Gascón sostiene que, en una decisión probatoria hay dos errores posibles; aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso, o no aceptar como verdadero (o dar por no probado) lo que es verdadero, en ambos casos, sostiene, no cabe duda que una decisión basada en una tesis fáctica errónea afecta derechos y/o defrauda expectativas legítimas. En consecuencia, dependiendo de la importancia que se otorgue a dichos derechos afectados por el error, el estándar será más o menos tolerable, y con ello, más o menos exigente. GASCÓN, M., *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, Editorial Doxa, 2005, p. 130-131.

altos de error; por ejemplo, el riesgo alto de absolver culpables, tratándose del estándar anglosajón, de la certidumbre más allá de toda duda razonable, aplicable en materia penal.

El error ocurre cuando se dan por acreditados hechos que no ocurrieron o cuando no se entienden acreditados hechos cuando en realidad acaecieron. Para simplificarlo se suele vincular la acreditación positiva o negativa al efecto condenatorio o absolutorio (culpable/inocente), de manera que el error tiene el efecto de dar por probados los hechos que condenan al inocente o por no acreditados los hechos que absuelven al culpable. Ahora mientras más elevado el estándar, más se protegerá al culpable en la medida que resultará más difícil alcanzar la suficiencia probatoria requerida para acreditar la hipótesis de culpabilidad. Estas son las implicancias prácticas de la distribución epistémica de errores.

En los procesos civiles, la política común es tratar iguales a ambas partes, debido a que sus intereses son netamente de carácter patrimonial, reduciendo el número global de errores mediante un trato indiferenciado a las partes, en función de una igualdad teórica. Ello se logra en los países de tradición anglosajona mediante el estándar de la probabilidad preponderante, que en términos probabilísticos implica lo siguiente: la hipótesis –por ejemplo- de culpabilidad, deberá considerarse verdadera, cuando la probabilidad o certidumbre de ser cierta o verosímil, es del 51 por 100⁹. En tal caso, la infracción se tiene institucionalmente acreditada, y como corolario, procede la consecuencia jurídica.

Dicho estándar, es el único que la teoría del conocimiento puede justificar racionalmente y, en un nivel sistémico puede demostrarse, es el que mejor permite minimizar los riesgos

⁹ Refiere a probabilidad inductiva no matemática, toda vez que no existe mecanismo para medir en términos porcentuales el grado de confirmación de una hipótesis. Este es uno de los grandes problemas al que se enfrentan los estándares probatorios.

de error¹⁰, dado que la hipótesis será verdadera si es más probable que cualquiera de las hipótesis rivales, bastando que la corroboración probatoria sobrepase el 50 %, y la hipótesis de culpabilidad o de absolución, en términos sencillos, se considerará probada. Es decir, genera una probabilidad simplemente mayor que los hechos de la infracción ocurrieron, y en consecuencia, para tener por probado un hecho debe resultar acreditado en mayor medida que la hipótesis de que el hecho no haya ocurrido.

En materia penal, la política es proteger a los inocentes haciendo más difícil condenar a alguien y esto en términos teóricos se logra, prefiriendo los errores favorables a la absolución de culpables (dado que socialmente, es menos tolerable condenar a un inocente que absolver a un culpable). Así, puede justificarse la mayor exigencia probatoria, en la especial protección del derecho a la libertad. Para ello, el estándar anglosajón de la convicción más allá de toda duda razonable, normado en los mismos términos en el artículo 340 de nuestro Código Procesal Penal, consagra un elevado nivel de suficiencia probatoria, estimándose por los autores en torno al 90 o 95 por 100 de probabilidad que el hecho efectivamente ocurrió, ante la menor duda razonable los jueces deberán absolver.¹¹

¹⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Metodología del Derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 39.

¹¹ Sin embargo, no resulta tan claro que se entiende por “duda razonable”, lo que genera la interrogante si en Chile es obligatorio para los jueces penales, desde el punto de vista del imperativo de motivar las sentencias, definir el estándar de prueba. En Estados Unidos constituye un tema de gran relevancia, si debe el juez proporcionar al jurado una definición del mismo en forma previa al proceso de deliberación, que como sabemos es el jurado el que en definitiva aplica el estándar, sin tener el deber de motivar, el cual solo compete al juez. En este punto, Julián López señala que ha sido práctica en los tribunales norteamericanos utilizar dos criterios para definirlo: el de la vacilación para actuar (“hesitate to act”) y el de la certeza moral (“moral certitude”). Respecto al primero, cita el caso *Holland v. United States* (1954), en el cual la Suprema Corte aprobó una instrucción al jurado que la definía como “la clase de duda que haría una persona vacilar antes de actuar”, lo cual sirvió de precedente para varios estados, bajo la consigna “prueba más allá de una duda razonable significa prueba que es tan convincente que ustedes no vacilarían en confiar y actuar sobre ella al tomar las decisiones más importantes de sus propias vidas”. Respecto al segundo criterio, en Estados Unidos se aplica por oposición al de la certeza absoluta, para ello cita a Chambers, el cual afirma “dado que requerir certeza absoluta antes de la condena no es viable

También en los países de tradición anglosajona, se recurre a un estándar denominado de la “evidencia clara y convincente”¹², en el cual la corroboración probatoria exigida se encuentra en torno al 75 por 100 para que la hipótesis se considere probada. Como se observa, se trata de un estándar intermedio a los señalados anteriormente. Este estándar ha sido utilizado en casos de Derecho Sucesorio o Derecho de Familia, en particular, casos de internación psiquiátrica, nulidad de testamento, expulsiones migratorias, etc. en los que para tener por probado la hipótesis se requiere una probabilidad superior a la de la probabilidad prevaleciente, siendo superior en consecuencia a dicho estándar, básicamente por el riesgo que generan decisiones erróneas debido a las consecuencias extremadamente graves que traen aparejadas.¹³

La mayor o menor corroboración probatoria de una hipótesis va a depender del peso probatorio de la prueba que la confirma, lo que a su vez dependerá de la cantidad y calidad en términos de fiabilidad de la prueba aportada. Es por ello que, como sostiene Luis Medina, el grado de probabilidad aumenta o disminuye en atención a una serie de elementos que pueden exponerse sucintamente de la siguiente manera: a) la fiabilidad de las reglas o máximas de la experiencia manejadas, b) la fiabilidad de las informaciones o pruebas utilizadas, c) la cantidad y variedad de informaciones, d) el número de pasos

en nuestro sistema de justicia criminal, el sistema requiere en su lugar certeza moral o prueba más allá de una duda razonable antes de la condena. La certeza moral o práctica es el nivel más alto de certeza que un individuo puede tener en ausencia de certeza absoluta, y ha sido equiparada con prueba más allá de una duda razonable”. Como se observa, su determinación queda irremediablemente entregado a la íntima y subjetiva creencia de juzgador, pues no se le dota a priori –deseable normativamente, de un criterio externo objetivable de razonabilidad independiente al subjetivo, y que sean intersubjetivamente válido. Ello repercute en que esta instancia de decisión sea, y el juicio final realizado sobre los hechos sea incontrolable. Ver en ARAYA, M. P., *Los hechos en el recurso de nulidad en materia penal*, Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2011, p. 118 a 121.

¹³ ISENSSE, C., “Debido Proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, vol. 84, 1° sem., 2016, p. 94.

inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas, y e) el número de hipótesis alternativas posibles y su grado de probabilidad.¹⁴

Bajar o elevar el umbral, implica proteger a una parte en perjuicio de la otra. La primera modalidad, implica tener por verdadero una hipótesis que tiene más probabilidad de ser falsa, y con ello se protege a la parte interesada en la verdad de tal hipótesis, en desmedro de la que sostiene lo contrario. La segunda modalidad, implica tener por falsa una hipótesis que tiene más probabilidades de ser verdadera, y con ello el aplicador protege a la parte que sostiene la falsedad del hecho, en desmedro de la que sostiene su verdad. Con esta reflexión se pretende sostener que racionalmente la distribución equitativa de errores se justifica de mejor modo, en los términos del estándar de la probabilidad preponderante.

1.3. Algunas problemáticas en torno a la decisión sobre los hechos

Precedentemente se destacaba que luego de valorar racionalmente la prueba, el aplicador se encuentra en el escenario de tomar la decisión, momento en el cual operan los estándares probatorios. La ley N° 19.300, la ley N° 20.600¹⁵, la ley N° 20.417¹⁶ y, la ley N° 19.880¹⁷, normativa aplicable a la materia de estudio, no consagran un estándar probatorio y tampoco establecen reglas de distribución de la carga de la prueba, ambos elementos determinantes para la dictación de la sanción ambiental, tanto en la instancia administrativa ante la SMA, y en la instancia judicial de revisión ante los TA. En las

¹⁴ MEDINA, L., “Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, Universidad Complutense, no. 177, abril-junio 2016, p. 118.

¹⁵ Ley N° 20.600, 2012 que crea los Tribunales Ambientales.

¹⁶ Ley N° 20.417, 2010, en referencia a su artículo segundo, que creó la Superintendencia del Medio Ambiente y estableció su ley orgánica, en abreviatura LOSMA.

¹⁷ Ley N° 19.880, 2003, que establece Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

siguientes líneas se pretende abordar las implicancias de dicha problemática, al tiempo que se proponen soluciones.

1.3.1. Las reglas de la carga de la prueba

La carga de la prueba como regla de juicio, supone que quien tiene la obligación de aportarla debe sufrir las consecuencias negativas de la insuficiencia probatoria, ante una decisión dictada en su contra. La problemática se circunscribe en un contexto en que la ausencia de reglas de la carga de la prueba se produce precisamente en la instancia judicial en que una de las partes es el decisor de la instancia administrativa previa, y las posibilidades de defensa, particularmente para el sancionado, se encuentran limitadas.

El procedimiento de reclamaciones, consagrado en la ley N° 20.600 aplicable a la revisión judicial de las sanciones ambientales, aparentemente señala la doctrina, establece una regla de la carga de la prueba, en su artículo 29 inciso 1°, al disponer la obligación de la Administración de acompañar todo el material (expediente administrativo) que sirvió de fundamento al acto impugnado, dado que lógicamente su posición frente al reclamante/sancionado es claramente más ventajosa, por lo cual, resulta ciertamente irracional asignarle la carga de aportación a este último, en un contexto donde sus posibilidades probatorias son limitadas, y donde juega a su favor la presunción de inocencia, como se verá más adelante. Sin embargo, Hunter en este punto sostiene que esta disposición no crea una regla de juicio, sino más bien, lo que se conoce en Derecho Procesal como carga formal de aportación, o de exhibición documental.¹⁸

¹⁸ HUNTER, I., “La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: Notas a propósito de la ley de Tribunales Ambientales”, en *Revista chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 42, N° 2, agosto 2015, p. 5.

Por su parte, algunos consideran inaplicable el artículo 1.698 del CC en este tipo de procedimiento¹⁹, en atención a sus particularidades materiales y adjetivas y, el lugar que en él ocupa la Administración. La presunción de legalidad del acto, según dispone el artículo 3° de la ley N° 19.880, tampoco puede ser considerada regla de juicio -en ello existe conceso en la doctrina-²⁰ya que supone que el reclamante tenga la carga de deslegitimar en todos los casos la legalidad del acto impugnado, lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de su inocencia. Esta última, al igual que en materia penal, si puede ser considerada regla de juicio, debiendo ser carga de la Administración, en los mismos términos que lo es para el Ministerio Público, producir prueba válida y suficiente en contrario a la inocencia, asumiendo ella las consecuencias negativas de su insuficiencia.

En el mismo sentido, se sostiene que si la Administración es quien tiene la obligación y el imperativo de motivar su decisión - tal como veremos- en función del material probatorio de que dispone, entonces ella lógicamente tiene que soportar la carga de la prueba. Un acto sancionatorio no motivado que afecta patrimonialmente al infractor

¹⁹ BORDALÍ, A. Y HUNTER, I., Contencioso Administrativo Ambiental, Editorial Librotecnia Chile, Santiago de Chile, 1° edición, 2017, p. 290. No obstante, fue considerado aplicable por el Tercer Tribunal Ambiental al considerar: “Otra consecuencia de esta presunción de legalidad dice relación con la carga de la prueba. La Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, no se pronuncia al respecto, por lo que este Tribunal aplicará la norma general del artículo 1698 del Código Civil, el que consideramos una disposición de carácter público-privado (Jorge Bermúdez, 2012, Las Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común, AbeledoPerrot), que dispone, "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". De esta forma, quien alega que un acto administrativo es ilegal, deberá probarlo.” Rol N° R-2-2014, 30.05.2014, considerando trigésimo segundo.

²⁰ BORDALÍ, A. Y HUNTER, I., Contencioso Administrativo Ambiental, Editorial Librotecnia Chile, Santiago de Chile, 1° edición, 2017, p. 290. En el mismo sentido, al utilizar la presunción de legalidad del acto administrativo como criterio de repartición de la carga de la prueba, se señala: “Las reglas de distribución de la carga de la prueba no están en cuestión pues la presunción de legalidad no tiene nada que ver con ellas: sostener que la presunción de legalidad configura en algún modo el “*onus probandi*” resulta inadmisibles respecto de cualquier acto administrativo”. BOCKSANG, G., “La carga de la prueba de la nulidad de un acto administrativo”, en Arancibia, M., Martínez, J. Romero, A., (coord.), *Litigación Pública*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2011, p. 227.

deviene a lo menos en arbitrario e ilegal, afectando la razonabilidad y la justicia de la decisión. Ello no excluye la obligación del reclamante, de consignar en el escrito de reclamación los fundamentos y peticiones concretas que somete a conocimiento del TA en la línea de deslegitimar formal o materialmente el acto impugnado.

En consecuencia, parece lógico sostener, que si la SMA no logra acreditar ante el TA el supuesto de hecho de la norma que tipifica la infracción, y derrotar la presunción de inocencia, entonces debe soportar las consecuencias de ello, mediante la anulación del acto sancionatorio. Por el contrario, si quien reclama, mediante la fundamentación y acreditación de su impugnación, conforme lo exige el artículo 27 de la ley N° 20.600, no logra deslegitimar la legalidad del acto impugnado, entonces deberá asumir la carga de la prueba, y con ello las consecuencias de la insuficiencia probatoria.²¹

1.3.2. La exclusión del estándar de la duda razonable

Tanto, en materia civil como penal, hay consenso en Chile, de aplicar en el primero el estándar de la probabilidad preponderante, y en el segundo, el de la certidumbre más allá de toda duda razonable. En materia sancionatoria ambiental, sin embargo, el desarrollo de la problemática no tiene la misma recepción, siendo escasa la doctrina y jurisprudencia al respecto, lo cual complejiza de sobremanera abordar su estudio.

Algunos se decantan, en general en materia sancionatoria, por la aplicación del estándar penal, dado que comprenden que la imposición de sanciones administrativas, es una

²¹ Hunter y Bordalí, en esta línea sostienen: “(...) es posible concluir que la carga de la prueba le corresponderá a la Administración, la que tiene que probar la justificación del acto dictado, siempre y cuando el reclamante haya desvirtuado por medio de los fundamentos de la impugnación la verosimilitud o apariencia de verdad que emana del acto administrativo”. BORDALÍ, A. Y HUNTER, I., *Contencioso Administrativo Ambiental*, Editorial Librotecnia Chile, Santiago de Chile, 1° edición, 2017, p. 290.

concreción del ejercicio del *ius puniendi* único estatal²². En el presente trabajo se sostiene que la aplicación de un estándar tan elevado como el penal, en materia de sanciones ambientales, resulta improcedente por las consideraciones que a continuación se señalan.

Se inicia de la base argumentativa que las sanciones administrativas son la *prima ratio* para operativizar las reglas de conducta establecidas por el Derecho Administrativo, y como tal, cuenta con fundamento ontológico propio para su imposición, distinto al de las penas penales. En esta línea se encuentra lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal, al señalar que no se reputan penas, entre otras sanciones, las “(...) correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”.²³

Afirmar la finalidad y naturaleza diferenciada, es consecuencia de entender que tanto Derecho Administrativo y Derecho Ambiental, por una parte, y Derecho Penal por otro, sean disciplinas del Derecho autónomas. En este sentido, Parejo sostiene:

“Ambas potestades (la punitiva judicial y la sancionadora administrativa) tienen un núcleo propio, girando la penal en torno a la retribución por la lesión de bienes

²² Tribunal Constitucional, Rol N° 1.229 de 08.01.2009, Rol N° 1.413 de 16.11.2010 y Rol N° 1.518 de 21.10.2010. En el mismo sentido, C.G.R., dictamen N° 50.013 bis de 2000, y N° 28.226 de 2007.

²³ Citando este artículo, la Corte Suprema, ha señalado acto seguido: “(...) noción que reafirma el artículo 120, inciso primero, de la ley N° 18.834 de 2004, cuando insiste: “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones y resoluciones referidas a ésta, no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos.” Justamente aquel precepto proclama que las multas administrativas no se reputan penas, lo que confirma que a ellas no se aplican los principios del derecho penal con igual intensidad, desligados de la finalidad y naturaleza que confieren a las sanciones administrativas un cariz distinto”. Agrega, “Que la naturaleza de las infracciones administrativas – y en especial en lo que guarda relación con los temas ambientales, donde confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo – torna imposible su síntesis descriptiva dentro de un precepto general como lo es la ley, de suerte que el apotegma de tipicidad al traspasarse al campo sancionatorio de la Administración admite ciertos grados de atenuación.”. Corte Suprema, 01.03.2017, Rol N° 41.815-2016, considerando trigésimo segundo y considerando trigésimo cuarto.

capaces de justificar la restricción de la libertad personal y la administrativa a la mera corrección de comportamientos que comprometen la efectividad de los fines y objetivos de la programación administrativa de políticas públicas”.²⁴ Agregando, “La sanción administrativa es lo que es (un instrumento auxiliar para la consecución del interés general perseguido en un sector administrativizado) y no puede convertirse, legítimamente al menos, en un instrumento de real punición retributiva soslayando la sede natural de ésta. Para determinar lo que realmente sea la sanción administrativa, lo decisivo es el plano sustantivo, ya que es perfectamente plausible la extensión a un instrumento de las garantías del otro conservando ambos el carácter que a cada uno es propio.”²⁵

Por su parte, reconocidos penalistas nacionales, definen al Derecho administrativo sancionador, “como aquella parte del derecho público –separada del derecho penal- por la cual órganos de la autoridad pública imponen sanciones de carácter punitivo (...)”.²⁶

El Derecho Administrativo no constituye un mal necesario, sino más bien una herramienta positiva de regulación y ordenación del status quo social, cuyo fin es asegurar el bienestar de la colectividad. En el marco de esta finalidad, la sanción administrativa opera como una consecuencia negativa o reacción al quebrantamiento del status quo, con

²⁴ PAREJO, L., “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”. *Revista General de Derecho Administrativo*, España, vol. 36, 2014, p. 19.

²⁵ PAREJO, L., “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”. *Revista General de Derecho Administrativo*, España, vol. 36, 2014, p. 7.

²⁶ POLITOFF, S., MATUS, J. P., RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2º edición, 2009, p. 80.

finos preventivos o disuasorios y no retributivos de una conducta ilícita ya cometida²⁷. En los mismos términos que lo hace la sanción ambiental, desde el punto de vista de la teoría de las sanciones óptimas, y los postulados de Gary Becker, a que adhiere la SMA²⁸, que presupone el comportamiento racional de los agentes económicos, y los efectos disuasivos de la sanción, en el contexto de lo que denomina la eficiencia de la política sancionadora.

En efecto, considero que la tanto la sanción penal y la administrativa, poseen fines diferenciados provenientes de la separación intrínseca entre ambas disciplinas. Luego, si el estándar de prueba es una herramienta de distribución de errores en función a los bienes jurídicos que se protegen, el umbral que requiere la Administración para dar por probado el supuesto de hecho que constituye la infracción, no debiera ser igual el estándar cualificado que se aplica en el Derecho Penal. Pues, el bien jurídico que se encuentra en juego cuando la Administración impone sanciones y, cuando en la materia que se aborda, los TA la controlan, no es equiparable a la afectación de la libertad individual a través de la condena, sino más bien, la evitación de un inminente riesgo o daño ambiental, que permita frenar o eliminar la causa que lo genera, bajo la lógica de una protección más bien colectiva y no individual. Aplicar un umbral de suficiencia probatoria tan elevado, como el de la duda razonable, implica proteger siempre al eventual sancionado, y desamparar siempre intereses colectivos, lo que afecta de lleno los efectos preventivos de la sanción ambiental. En consecuencia, en el sancionatorio ambiental se propone excluir de la lleno la aplicación del estándar de la duda razonable.

²⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Metodología del Derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 47.

²⁸ Resolución Exenta N° 1002 de fecha 29 de octubre de 2015, que establece Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, dictada por la SMA, p. 17.

2. LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN AMBIENTAL: LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

¿Cuál es el umbral de suficiencia probatoria que se exige para que la autoridad dé por acreditados los hechos que sustentan la infracción ambiental? Como ya adelantaba, la imposición de la sanción ambiental está condicionada a dos instancias distintas; el procedimiento administrativo sancionatorio ante la SMA y, el proceso judicial de impugnación contencioso-administrativo, ante los TA.²⁹ Lo problemático, es que se generan dos escenarios a partir de estas dos instancias institucionales que pueden o no dar respuesta distinta a la interrogante planteada; ¿Cuál es la suficiencia probatoria exigida para que la SMA pueda “válidamente” sancionar? y ¿Cuál es la suficiencia probatoria exigida para que los TA confirmen o anulen el acto sancionatorio, por la vía de su revisión? En la primera instancia, ambas partes son interesados, mientras que en la segunda, una de las partes es el órgano administrativo que lo dicta, y la otra, la persona natural o jurídica directamente afectada por el acto sancionatorio.

Tratar de encontrar una respuesta es el objeto del presente trabajo, sin embargo, se comenzará por analizar la fisonomía del iter probatorio para la dictación de sanciones ambientales, mediante el examen global del procedimiento administrativo, y en concreto, el estudio de la normativa que condiciona su determinación.

2.1. La potestad sancionadora como herramienta para la protección del medio ambiente

En el sancionatorio ambiental confluyen intereses públicos y privados, ligados por un lado, a los que demandan la protección de su libertad económica, y por otro lado, los que

²⁹ La impugnación para ante la Corte Suprema, no será analizada pues excede el objeto de estudio del presente trabajo.

exigen la protección de la vida, salud de la población, propiedad, y su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, a consecuencia, de la ocurrencia de un hecho que eventualmente genera riesgo, peligro o daño medio ambiental.

En dicho contexto, el fortalecimiento de la potestad sancionadora de la Administración en materia ambiental, en virtud de la nueva institucionalidad, es manifestación de la relevancia que la protección ambiental ha adquirido en la sociedad moderna, y cuyo ejercicio concreta el fin público a que está llamada la Administración, en el contexto de la protección institucional del medio ambiente³⁰. El Derecho asume su protección, porque si bien, como señalan los clásicos positivistas, Derecho y moral se encuentran sistemáticamente separados, encuentran una relación en la justificación ética de sus normas, “toda vez que el Derecho, en última instancia, debe justificarse a través de la ética”³¹.

La finalidad de la norma sancionadora es prevenir a través de la sanción, que se produzcan impactos o daños ambientales que puedan afectar incluso levemente la vida o salud de las personas o al medio ambiente, y que en el peor de los casos pueda ser irreparable. Es por ello que, basta el solo riesgo significativo de afectación a dichos bienes protegidos, para que resulte procedente la formulación de cargos y eventualmente la imposición de la sanción, o el cumplimiento alternativo de instrumentos ambientales, que no hacen más que reforzar el carácter preventivo de la regulación. Como se señala, “atender únicamente a su función reprobatoria, puede atentar gravemente contra los objetivos que la sanción administrativa persigue”³².

³⁰ Artículo 2º letra q) ley N° 19.300.

³¹ BERMÚDEZ, J., “Fundamentos y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, no. 40, agosto 2013, p. 2.

³² GUILLOFF, M., Y SOTO, P., “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2015, p. 111.

La protección ambiental se erige así, como objeto de amparo del Derecho sancionatorio, y se incorpora a la función pública de la Administración, radicada de modo exclusivo en la SMA. Los principios de servicialidad, eficiencia y eficacia de la acción administrativa, consagrados en los artículos 3° inciso 2° y 5° de la ley N° 18.575³³, presuponen el diseño de una política suficientemente disuasiva que compatibilice el amparo de intereses contrapuestos en este contexto, lo cual, no se encuentra en la ritualidad propia de los procesos judiciales.

El principio de legalidad exige aplicar la regla jurídica que establece la sanción al supuesto de hecho de la regla que consagra la infracción, en consonancia a los hechos acreditados y probados en el procedimiento administrativo. La imposición de la regla de manera objetiva, en un procedimiento que igualmente es reglado, excluye -en principio- la posibilidad de ponderar la aplicación de derechos, según la teoría del jurista alemán Robert Alexy que distingue entre reglas y principios. Sin embargo, toda regla jurídica protege bienes jurídicos, constatándose que lo que está detrás de su aplicación, y no por ello se atenta contra la legalidad, siempre es la ponderación de unos bienes por sobre otros. En procedimientos plenamente reglados, las implicancias de esta ponderación no son tan claras, en la medida que es el legislador y no el aplicador quien previamente lo efectúa. Tratándose de la entrega de espacios de discrecionalidad en la decisión, como es en materia ambiental, eventualmente –no siempre- se tiende a favorecer la intervención de la subjetividad de la Administración, ineludiblemente vinculada a cuestiones ideológicas, morales, políticas, etc. En estos casos, es donde claramente opera en la aplicación de la regla, y en consecuencia, en la decisión, la ponderación de bienes jurídicos.

³³ Ley N° 18.575, 1986, ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En atención a dicho intereses contrapuestos, en el presente trabajo se sostiene que la discusión mundial sobre qué intereses en el contexto ambiental resultan protegidos ante la incertidumbre de la decisión institucional sobre el riesgo, peligro o daño medio ambiental se traduce técnicamente en la discusión sobre la carga de la prueba y el lugar donde se debe ubicar el umbral de suficiencia probatoria. La decisión es política, ya sea adoptada por el legislador, o en subsidio, por el órgano administrativo ambiental. Este punto constituye argumento para sostener lo que denominaré el estándar probatorio flexible.

2.2. El contexto reglado para la determinación de la sanción ambiental

Dentro de las medidas de naturaleza administrativa, no todo acto de contenido desfavorable es una sanción administrativa, puesto que ella convive con otras medidas que generan consecuencias negativas, producto del ejercicio de competencias no represivas. Esta aclaración es de especial importancia, considerando que la infracción ambiental puede generar múltiples repercusiones, y en función de ello, diversas competencias sectoriales, debiendo resolverse la concurrencia infraccional mediante la aplicación del principio *non bis in idem*³⁴.

³⁴ La regulación del ámbito sancionador en materia ambiental, no así tratándose de otros instrumentos de gestión ambiental, se encuentra disperso en diversas leyes especiales. Ello conlleva, la superposición de sanciones debido a los diferentes ámbitos sectoriales regulados, con el consecuente conflicto de competencias en su aplicación. Ejemplo de delimitación de funciones, es la atribución de la Superintendencia de Servicio Sanitarios (artículo 61 LOSMA, artículo noveno de la ley N° 20.417 y artículo 2° de la ley N° 18.902) para fiscalizar a los prestadores de servicios sanitarios, el cumplimiento de las normas relativas a tales servicios, y el control de los residuos líquidos industriales vinculados a los servicios de empresas sanitarias. Contraloría General de la República ha señalado mediante Dictamen N° 25.248 de 02.05.2012, que la fiscalización del Decreto N° 609/1998 del Ministerio de Obras Públicas, que establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de riles a sistemas de alcantarillado, le corresponde a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, siguiendo el criterio atingente a si la persona fiscalizada es o no concesionaria de estos servicios.

Para mayor claridad, el presente trabajo, aborda los actos administrativos terminales (en los términos de lo dispuesto en el artículo 18 de la ley N° 19.880) dictados por la SMA, que impongan sanciones en el marco de un procedimiento sancionador ambiental. De ello se sigue, que se excluye del análisis, los actos ambientales autorizatorios, los actos trámites, o cualquier acto administrativo terminal no sancionatorio, dictado en cualquier procedimiento administrativo sea o no de naturaleza ambiental.

Con arreglo a la LOSMA, y de la mano de la nueva institucionalidad ambiental, el legislador ha radicado -según su artículo 35- de modo exclusivo en la SMA la potestad sancionadora en materia ambiental. De esta forma, le ha sido entregado un momento decisorio importante con reproches que van desde la simple amonestación hasta la revocación de la RCA, con posibilidad de graduar la imposición según su gravedad y a circunstancias concretas predeterminadas, que abren un margen considerable de discrecionalidad que en términos exclusivos y excluyentes corresponde a la SMA. Ello impacta de sobremanera la labor de los TA al revisar las sanciones aplicadas, puesto que si la Administración goza de “flexibilidad” en la determinación de la sanción, al juez ambiental sólo queda entregada la posibilidad de controlar únicamente la legalidad de la decisión previamente adoptada, según se sostendrá.

Respecto a la regulación del procedimiento sancionatorio ambiental, esta se consagra en el artículo 47 y siguientes de la LOSMA, con aplicación supletoria de la ley N° 19.880, según lo señala su artículo 62. En lo atinente, es admisible cualquier medio de prueba admisible en derecho, y ellos serán apreciados conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 51 LOSMA, cuando se trata de imponer sanciones)³⁵o, en conciencia, por

³⁵ Cabe mencionar, que la sana crítica es un sistema de valoración libre, donde el juzgador posee un alto grado de discrecionalidad para apreciar las pruebas en forma conjunta, sin encontrarse vinculado a disposiciones legales que determinen ex ante el peso probatorio de un medio de prueba en concreto. El juzgador solo se encuentra sujeto a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicamente afianzados. Diferenciándose, y en este punto hay discusión, de la valoración probatoria

aplicación supletoria de las normas generales del procedimiento administrativo (artículo 35 inciso 1° de la ley N° 19.880).

La finalidad de la SMA, según se le atribuyó en su creación, es la protección del medio ambiente y la salud de las personas, velando por el cumplimiento de la normativa ambiental en Chile. En virtud de dicha finalidad, y según lo establecido en el artículo 2° inciso 1° de la LOSMA, su objeto institucional es ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental establecidos en la ley N° 19.300 y en diversa normativa sectorial. Para asegurar su cumplimiento la SMA tiene la función y atribución de imponer sanciones (artículo 3° letra o)) de la LOSMA), y en consecuencia, ejercer la potestad sancionadora de manera **exclusiva** respecto de las infracciones enumeradas en el artículo 35 de la ley precitada, cuya enumeración concluye de la siguiente manera; “el incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica”, estableciendo una especie de norma de clausura del sistema. En materia de fiscalización ambiental, se observa en la nueva regulación, que pese a existir competencias sectoriales concurrentes, dichos organismos deberán adoptar y respetar los criterios que la SMA establezca en relación a la forma de ejecutar dichas fiscalizaciones.

Lo anterior, permite concluir que el otorgamiento de la potestad exclusiva a la SMA para aplicar sanciones, es el medio que le otorga la LOSMA para llevar a cabo su objetivo, en el marco del seguimiento y fiscalización de los instrumentos de gestión ambiental.

en conciencia, únicamente en que en ésta última la valoración libre se efectúa sin sujeción a reglas y pautas. Sin embargo, en ambos sistemas, la valoración se efectúa con apego a los antecedentes del proceso, debiendo el juez señalar en la sentencia los motivos de su decisión, exteriorizando su convencimiento.

Las sanciones que la SMA puede imponer, son las señaladas en su artículo 38, y ellas únicamente son; amonestación por escrito, multa de 1 a 10 mil UTA, clausura temporal o definitiva, y revocación de la RCA³⁶.

El margen de discrecionalidad de la SMA para imponer sanciones más o menos graves, deriva de una interpretación armónica de los artículos 35, 36, 39 y 40, todos de la LOSMA, por su exigua literalidad y la amplia entrega de libre elección entre supuestos regulados. El primero de ellos, ya señalaba, enumera las infracciones. El segundo, en tanto, clasifica las infracciones en gravísimas, graves o leves, según consideraciones alternativas que la misma ley enumera. El artículo 39, por su parte, utiliza la aludida clasificación para la determinación de la sanción aplicable en concreto -las infracciones más graves tendrán asignadas las sanciones más graves, y así sucesivamente. Y finalmente, el artículo 40 señala una serie de circunstancias para la aplicación de la sanción específica, los que a modo de ejemplo permiten a la SMA para el caso de una infracción gravísima imponer una multa de hasta 10 mil UTA, la clausura, o la revocación de la RCA, alternativamente.

En este sentido, como señalaba, el procedimiento administrativo sancionador funciona como un canal epistémico para la aplicación de normas, de la misma forma que lo hace el proceso judicial. Ocurrida la corroboración probatoria de los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma jurídica que tipifica la infracción, -lo que se conoce como subsunción- necesariamente se sigue la imposición de la (las) consecuencia (s)

³⁶ En este punto, “Se observa que la tipología de las sanciones no varió con la dictación de la LOSMA, no obstante, existe un endurecimiento de las sanciones pecuniarias, a efecto de equiparar con las vigentes en otros sectores de protección”. BERMÚDEZ, J., “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en Arancibia, J., y Alarcón, P. (coord.), *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 2014, p. 613.

jurídica (s) prevista (s). En este sentido, Bermúdez³⁷ señala, que la aplicación de una norma administrativa se compone de cuatro partes:

“a) Indagación y determinación de los hechos (¿qué sucedió?); b) Interpretación del contenido de la norma (¿qué circunstancias prevé la norma?); c) Subsunción de las circunstancias de hecho previstas en los hechos acaecidos (ajuste entre hechos y normas); y d) Fijación de las consecuencias jurídicas (¿qué sanción –en sentido amplio- le corresponde?)”.

En términos prácticos, ello implica que la SMA deberá en primer lugar, fiscalizar, investigar y constatar la ocurrencia de los hechos denunciados. Si ellos tienen mérito suficiente, entonces, deberá subsumir los hechos en alguna de las infracciones tipificadas en el artículo 35, para ello deberá proceder a integrarla, en algunos de los supuestos que consagra el artículo 36, ello se efectúa formalmente mediante la formulación de cargos. Hasta aquí el razonamiento se funda en la subsunción y aplicación de normas legales (marco legal), en este punto el margen de discrecionalidad para el órgano administrativo sigue encontrándose reducido. Bermúdez agrega a este respecto, “que la labor de subsunción es doble, en primer lugar, la constatación de los hechos infraccionales y, luego la determinación de las circunstancias que permiten graduar el tipo de infracción”.³⁸

Luego de efectuada la subsunción de los hechos, con el supuesto de hechos de la norma que tipifica la infracción, la SMA deberá proceder a determinar el tipo de sanción aplicable para el caso concreto. Ello lo hará, según los rangos señalados en el artículo 39, ponderados de acuerdo a una o más de las circunstancias señaladas en el artículo 40, en

³⁷ BERMÚDEZ, J., “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en Arancibia, J., y Alarcón, P. (coord.), *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 2014, p. 615.

³⁸ BERMÚDEZ, J., “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en Arancibia, J., y Alarcón, P. (coord.), *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 2014, p. 615.

dos momentos distintos, interpretación derivada de la amplitud de la norma, según señala Bermúdez³⁹, “en primer lugar, al determinar la clase de sanción que corresponda a la infracción, lo que ocurrirá sólo una vez calificada jurídicamente la infracción de que se trate; y luego, se debe fijar la extensión o graduación en concreto, lo que resulta procedente respecto de las sanciones de multa y clausura temporal.” Es decir, para fijar las consecuencias jurídicas concretas, la SMA deberá libremente determinar la sanción concreta y graduarla, (tratándose de la multa y la clausura temporal), en función de la valoración de las circunstancias del artículo 40. En esta etapa, el margen de discrecionalidad para adoptar la decisión es amplio, ya que si bien sus “bordes” se encuentran reglados, sus presupuestos no son taxativos, y claramente definidos.

3. LA REVISIÓN DE LA SANCIÓN AMBIENTAL: LA INSTANCIA JUDICIAL

3.1. La competencia del artículo 17 N° 3 de la ley N° 20.600

La dictación de la ley N° 20.600 fue la “moneda de cambio”, para controlar la discrecionalidad y el aumento de potestades entregadas por la LOSMA a la SMA, en el marco de la nueva institucionalidad ambiental. La creación de los TA fue fruto de un Protocolo de Acuerdo suscrito por el ejecutivo con algunos senadores el día 26 de octubre de 2009, en el cual se adoptó un compromiso por parte del Gobierno de ingresar un proyecto de ley que cree el precitado Tribunal.⁴⁰

³⁹ BERMÚDEZ, J., “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en Arancibia, J., y Alarcón, P. (coord.), *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 2014, p. 615.

⁴⁰ El compromiso se adoptó en función de las siguientes ideas básicas; “(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; y (d)

Ya, en otras materias de naturaleza sancionadora el Tribunal Constitucional ha sostenido, a propósito de la necesidad de instaurar un control judicial de sanciones impuestas por la Administración, que:

“No obstante haber un interés de orden público en las materias reguladas por el Código Sanitario, por razón del cual se establece un órgano administrativo con potestades fiscalizadoras y sancionatorias, la sumisión de los sujetos que infrinjan la ley al imperio del derecho, que se busca obtener mediante la imposición y el pago de multas por tales infracciones, no queda jurídicamente configurada ni la sanción a firme sino una vez que ha vencido el plazo para ser reclamadas y, en caso que lo sean, sólo una vez que el reclamo sea resuelto por un juez independiente e imparcial, a través de un proceso judicial y en una sentencia firme o ejecutoriada”.⁴¹

El permitir mediante la creación de los TA, que se recurra de las decisiones administrativas en materia ambiental, en concreto las que impone sanciones, contribuye de buena manera a la protección de la tutela judicial efectiva, garantía esencial en un Estado de Derecho, concretizando de igual manera la disposición consagrada en el artículo 38 inciso 2º de la CPR.⁴² En este contexto, se pretende efectuar el análisis en el

que dada su especialización y carácter único provea de decisiones predecibles, permitiendo certeza jurídica para todos los interesados”. Mensaje N° 1419-357, de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, de fecha 28.10.2009, p. 7.

⁴¹ Tribunal Constitucional, 03.01.2008, Rol N° 792-07, considerando décimo quinto.

⁴² En este sentido, Hunter, señala: “Se trata de un órgano que viene a establecer un equilibrio entre la intensidad de la actividad administrativa, justificada en la protección del medio ambiente como derecho constitucional, y la necesidad de asegurar una tutela rápida, eficaz y, por sobre todo, especializada, para el evento de producirse una vulneración de derechos o intereses legítimos”, “(...) permitirá a los titulares de proyectos o actividades reclamar una tutela especializada y rápida, para un conflicto de ribetes complejos y que demanda un alto grado de componentes técnicos y científicos”, es así que el TA surge como un garante de los derechos de los ciudadanos frente a las potestades administrativas de regulación, gestión, fiscalización y sanción. HUNTER, I., “La carga de la prueba en el contencioso administrativo

siguiente apartado del contencioso ambiental consagrado en la ley N° 20.600, denominado “de las reclamaciones” -artículos 27 y siguientes- y, en concreto, en el marco de este procedimiento, el estudio de la competencia entrega a los TA, en su artículo 17 N° 3, para conocer de las impugnaciones a las resoluciones dictadas por la SMA, que impongan sanciones.

El artículo 17 N° 3 de la ley precitada dispone que los TA son competentes 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” (el destacado se ha incorporado en el presente trabajo). Se trata de una acción de impugnación que no tiene más regulación que la citada, y cuya legitimación activa para incoarla la consagra su artículo 18 N° 3, al disponer que podrán intervenir como partes las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la SMA.

En este punto resulta conveniente efectuar las siguientes prevenciones:

1) La literalidad del artículo 17 precitado, habilita a impugnar cualquier resolución de la SMA, por ejemplo, en el caso de los actos terminales, la resolución que aprueba un programa de cumplimiento o de reparación⁴³, la que acepta la autodenuncia, la que impone una sanción, etc. incluidos los actos trámites, por ejemplo, la resolución que dispone una diligencia, la que formula cargos, o la deniega una actuación o solicitud, etc. Si bien, esta materia escapa al análisis del presente trabajo, es posible sostener que sólo son impugnables los actos terminales del procedimiento sancionatorio, y no los de mero

ambiental chileno: Notas a propósito de la ley de Tribunales Ambientales”, en *Revista chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 42, N° 2, agosto 2015, p. 9.

⁴³ No obstante, se discute su carácter de acto terminal.

trámite que sirven para su sustanciación⁴⁴, salvo claro, que estos causen indefensión o le pongan término, como dispone por aplicación supletoria el artículo 15 inciso 2° de la ley N° 19.880.

2) El objeto de estudio del presente trabajo, como ya señalaba, son únicamente las resoluciones que impongan sanciones ambientales, y respecto de ellas, el análisis del momento de la decisión sobre los hechos imputados.

3) Respecto a la legitimación activa, la ley es clara en señalar que la tendrá la persona “directamente” afectada, y lo serán, por ejemplo, el denunciante en los términos del artículo 47 inciso 3° de la LOSMA, o bien los interesados, según su artículo 21 inciso 2°, y el artículo 21 de la ley N° 19.880, excluyéndose a contrario sensu los “indirectamente” afectados, por ejemplo, aquellos que abogan por el correcto funcionamiento de las instituciones. Sin embargo, podrán comparecer bajo la figura del *Amicus Curiae*, cualquier persona, que no sea parte del proceso, que invoque un interés público y que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia, según señala el artículo 19 de la ley N° 20.600.

3.2. Marco normativo del procedimiento de reclamaciones

En términos generales, toda reclamación se presenta por escrito, y en ella el afectado deberá indicar los fundamentos de hecho, de derecho y las peticiones concretas que se sometan al conocimiento del TA. Declarada admisible, se pedirá informe a la SMA, quien deberá consignar los fundamentos y motivos tenidos en consideración para dictar la

⁴⁴ Corte Suprema, Rol N° 5.328-2016 de 20.09.2016, considerandos noveno y undécimo, Rol N° 18.341-2017 de 27.12.2017, considerando décimo tercero.

resolución impugnada, debiendo acompañar copia fiel del expediente administrativo completo y debidamente foliado.⁴⁵

La tramitación del procedimiento se sustancia conforme las reglas de la apelación civil, en virtud de lo señalado en los artículos 186 y siguientes del CPC, con la salvedad, que no se admitirá la rendición de prueba testimonial ni confesional⁴⁶. Sin embargo, en este punto, el artículo 207 del CPC, señala que en segunda instancia no se admitirá la rendición de prueba alguna, con la excepción de la prueba documental⁴⁷. Concluyéndose, de la interpretación de ambas normas, que en el procedimiento de reclamaciones no se admite la rendición de prueba alguna, salvo la documental, en los términos del artículo 342 y siguientes del CPC.

Finalizada la vista de la causa, el proceso queda en estado de sentencia, periodo en el cual los TA podrán decretar medidas para mejor resolver, con la limitación probatoria del artículo 29 de la ley N° 20.600. Junto con dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 170 del CPC, los TA deberán pronunciar en la sentencia definitiva los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia⁴⁸.

Respecto a las reglas de valoración de la prueba en el procedimiento de reclamaciones, el legislador de la ley N° 20.600 guardó silencio⁴⁹. Sin embargo, se puede entender aplicable de forma supletoria, al existir norma general habilitante para ambos procedimientos en el artículo 47 de la ley N° 20.600, las reglas de valoración contenidas en el CPC y en el CC,

⁴⁵ Ley N° 20.600, 2012, artículos 27 y 29.

⁴⁶ Ley N° 20.600, 2012, artículo 29.

⁴⁷ En función del procedimiento analizado, se excluye la remisión que efectúa el artículo 207 en referencia a los artículos 310 y 385, respectivamente, por no resultar aplicables al mismo.

⁴⁸ Ley N° 20.600, 2012, artículo 25.

⁴⁹ No ocurre lo mismo al regular la materia en las demandas daño ambiental, procedimiento en el cual se señala expresamente en su artículo 35 –del párrafo 4° denominado “del procedimiento por daño ambiental”– que la prueba deberá ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica.

y en consecuencia, aplicable un sistema híbrido de libre valoración y tasación legal. Como nota al margen se destaca, la pésima técnica legislativa que conlleva al resultado interpretativo previamente señalado, ello por dos razones: en primer lugar, en la medida que se admite rendición únicamente de prueba documental en este tipo de procedimiento, se llega a la contradicción que los jueces ambientales siempre deban valorar la prueba en conformidad a reglas de tasación probatoria establecidas en el CPC, en un contexto de rendición de prueba que goza de un complejo tecnicismo científico, y cuyo valor no puede ser determinado ex ante sino en virtud de un razonamiento aplicativo de máximas de la experiencia, reglas de lógica y conocimientos científicamente afianzados. La aplicación de un sistema tasado de valoración, liquida el sentido dado a la especialidad de los jueces ambientales, en la resolución de conflictos medioambientales.

En segundo lugar, esta interpretación llevaría a la contradicción de entender que las reglas de valoración probatoria utilizadas por los TA, para revisar el acto sancionatorio impugnado (valoración legal tasada), son distintas a las reglas utilizadas por la SMA para dictar dicho acto (sana crítica). En este contexto, Hunter señala; “por eso carece de sentido entender que la revisión fáctica de un acto esté sometida a reglas diversas a las de su dictación”.⁵⁰

Para salvar la problemática, se propone por el precitado autor, una interpretación sistemática del inciso 4° del artículo 26 de la ley N° 20.600, que señala que procederá el recurso de casación en la forma cuando la sentencia definitiva recaída en los procedimientos a que refiere su inciso 3°, es decir, el de reclamaciones, se hubiere dictado con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Según esta interpretación, señala el autor, el legislador de manera

⁵⁰ HUNTER, I., “La prueba en el procedimiento ante los Tribunales Ambientales”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2015, p. 238.

indirecta haría aplicable las reglas de la sana crítica a la valoración de la prueba en los procedimientos de reclamaciones⁵¹. Esta interpretación resulta atendible, en atención a lo absurdo que resultaría entender aplicable un sistema de valoración tasado en este tipo de procedimiento.

⁵¹ HUNTER, I., “La prueba en el procedimiento ante los Tribunales Ambientales”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2015, p. 238-239.

SEGUNDO CAPÍTULO: LA DETERMINACIÓN DISCRECIONAL DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN AMBIENTAL

1. LA POSTURA DEL ESTÁNDAR PROBATORIO FLEXIBLE

En el primer capítulo ya se adelantaba el desarrollo de la interrogante que fundamenta el presente trabajo: ¿cuál es el umbral de suficiencia probatoria que se exige para que la autoridad dé por acreditados los hechos que sustentan la infracción ambiental? En el presente capítulo se pretende abordar de lleno las hipótesis que le dan respuesta, las cuales se describen de la siguiente manera: El estándar probatorio forma parte del contenido discrecional del acto sancionatorio, por ello, no puede ser sustituido por los TA al efectuar la revisión judicial del acto. Luego, al ser contenido discrecional y fundamentarse en una decisión de política pública, el estándar aplicable a la imposición de sanciones ambientales es un estándar flexible.

Para abordar el análisis de las afirmaciones precedentes, es preciso avocarse en primer punto al tratamiento de la discrecionalidad administrativa en materia sancionatoria ambiental.

1.1. La discrecionalidad del regulador en la determinación de la sanción ambiental

En la actualidad, y dado el creciente otorgamiento de potestades exorbitantes a la Administración, existen potestades que se encuentran parcialmente regladas, confiriendo el ordenamiento su completitud a la propia Administración, en el marco de lo que se

conoce como discrecionalidad⁵². Una primera aproximación, señala que ésta no existe al margen del Derecho, sino que siempre es atribuida por el Derecho ya sea para actuar (discrecionalidad de actuación), y/o para adoptar una decisión (discrecionalidad de decisión).

Su estudio se ha desarrollado, en materia administrativa, a partir de dos enfoques: la teoría de las potestades administrativas, distinguiéndose entre potestades regladas y discrecionales y, a propósito del desarrollo de la teoría del acto administrativo, distinguiéndose entre actos reglados y actos discrecionales. Para efectos del presente trabajo, ambas categorías serán utilizadas indistintamente, puesto que, sin ánimo de ahondar al respecto, los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales son necesariamente actos discrecionales, aunque con matices puesto que se sostiene no hay actos ni potestades totalmente discrecionales.

Respecto a su definición, García de Enterría y Fernández señalan:

“la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”⁵³.

En el mismo sentido, Schmidt-Assman señala, haciendo hincapié en el elemento teleológico, que la discrecionalidad administrativa es “una facultad específica de

⁵² La Real Academia Española de la lengua define la palabra discrecional, indistintamente de la siguiente manera: “que se hace libre y prudencialmente” o “Dicho de una potestad gubernativa: Que afecta a las funciones de su competencia que no están regladas”. En www.rae.es

⁵³ SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2011, p. 11.

concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado”⁵⁴. Y cuyo ejercicio, no es total o parcialmente predeterminado jurídicamente, sino que "remite la toma de la decisión pertinente (en grado variable) al juicio o a la voluntad de la propia Administración pública".⁵⁵

En términos generales, la potestad será reglada si la Administración debe aplicar a un supuesto de hecho la consecuencia jurídica predeterminada por el legislador, pues la regulación del ejercicio de la potestad es exhaustiva. Mientras que, será discrecional, si se entrega a la Administración la posibilidad de elegir entre distintas opciones jurídicamente admisibles⁵⁶, todas las cuales serán igualmente válidas ante el ordenamiento. En ésta última situación, la ley no puede dejar de definir algunas condiciones de ejercicio de la potestad, es por ello, como se señalaba, en un Estado de Derecho, como el nuestro, no existen potestades absolutamente discrecionales. La potestad discrecional no es susceptible de graduaciones, sino que su existencia es binaria: existe o no. Sin embargo, en un acto administrativo es posible constatar mayor o menor discrecionalidad, pudiendo ser graduada. Este es el sentido, a mi juicio, de la distinción entre potestades y actos discrecionales.⁵⁷

⁵⁴ SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 220.

⁵⁵ PAREJO, L., *Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 622.

⁵⁶ Consecuentemente, donde no hay opciones jurídicamente válidas la Administración no goza de ningún tipo de discrecionalidad.

⁵⁷ Ahora, desde el enfoque del acto administrativo, se señalaba por una parte, que actos reglados, son los que: “se emiten en mérito a normas que predeterminan y reglan su emisión. Tratándose de una predeterminación “específica” de la conducta administrativa. De este modo que frente al supuesto de hecho de la norma, la Administración debe adecuar su actuación a la conducta o consecuencia jurídica establecida de antemano por la regla de derecho”. En cambio, los actos discrecionales, “son aquellos en que la Administración actúa con mayor libertad, pues su conducta determinada por una norma legal, sino por una predeterminación genérica, dada por la finalidad legal a cumplir. Otros señalan que los actos discrecionales son aquellos dictados en ejercicio igualmente de potestades discrecionales. Hoy se entiende que no existe actos puramente discrecionales pues en todo acto de contenido discrecional, existen elementos reglados cuya configuración no queda a la libre decisión de la autoridad administrativa”. SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2011, p. 15.

Cassagne siguiendo a Dworkin, distingue entre discrecionalidad débil que refiere a las hipótesis en que el ordenamiento no permite una aplicación automática de la norma sino que exige un proceso de discernimiento, limitado por parámetros predeterminados por el legislador y, por su parte, discrecionalidad fuerte, en el que la Administración dispone de libertad de decisión otorgado por el ordenamiento, pero sin acotar su ámbito de actuación⁵⁸. Tratándose de la dictación de sanciones ambientales, según esta clasificación, es dable sostener que la SMA posee una discrecionalidad débil.⁵⁹

Ahora bien, la discrecionalidad en relación a la norma administrativa, puede operar; a) en el ámbito de la consecuencia jurídica (si ocurre el supuesto de hecho X, la Administración podrá adoptar la consecuencia jurídica Y, o podrá o deberá, adoptar la consecuencia jurídica Z o S, o bien, la que estime oportuna) o; b) en el ámbito del supuesto de hecho indeterminado de la norma administrativa (se le habilita para completar el supuesto de hecho imperfecto, o bien para integrar uno inexistente) o bien, c) la discrecionalidad opera en ambos supuestos, conocida como la teoría unitaria de la discrecionalidad administrativa. Tratándose de la letra b), su entendimiento tiene relevancia, toda vez que

⁵⁸ CASSAGNE, J. C. *La discrecionalidad administrativa*, p. 20.

⁵⁹ A propósito de la especialidad del órgano, también se distingue la discrecionalidad técnica, que opera cuando la Administración -para decidir- tiene que hacer uso de apreciaciones y valoraciones técnicas. En este sentido, se señala “Solo cuando la técnica ofrece diversas alternativas igualmente eficaces para la consecución del interés público es posible hablar de una potestad discrecional en sentido fuerte puesto que el titular de la potestad realiza elecciones dentro de un ámbito de decisión propio conferido por el ordenamiento jurídico. El legislador, en este caso, indica la finalidad de la potestad, pero no decide respecto de las medidas o condiciones específicas que resultan aplicables, cuestión que le corresponde decidir a la Administración”. BORDALÍ, A. Y HUNTER, I., *Contencioso Administrativo Ambiental*, Editorial Librotecnia Chile, Santiago de Chile, 1º edición, 2017, p. 200. El ejercicio de la discrecionalidad técnica, a diferencia de la común, no supone una decisión únicamente de mérito u oportunidad, sino la utilización de criterios técnicos fundados en conocimiento y reglas científicas que lógicamente no se encuentran predefinidos por el legislador, sino más bien, su utilización y elección queda a discreción de la Administración. Este tipo de discrecionalidad, a mi juicio, no se verifica en la determinación de la sanción ambiental, toda vez que es el legislador el que ex ante, ha regulado y predefinido los criterios de procedencia de la sanción, dentro de los cuales la Administración puede libremente elegir.

si la indeterminación ocurre en la “zona de incertidumbre” del concepto, parte de la doctrina sostiene que en la aplicación del concepto jurídico indeterminado, por existir “margen de apreciación” existiría a su vez habilitación discrecional para la Administración. Dicha afirmación se sostiene es errada, según se analizará.

En el primer capítulo del presente trabajo, se señaló que la SMA en la determinación de la sanción ambiental, posee amplia discrecionalidad. El ejemplo más claro de discrecionalidad en la consecuencia jurídica, se desprende de los artículos 38 y 39 de la LOSMA, al otorgar la posibilidad a la SMA de elegir discrecionalmente la sanción entre varias opciones válidamente procedentes. Por su parte, un claro ejemplo de discrecionalidad pero localizada en el supuesto de hecho indeterminado de la norma, es el consagrado en el artículo 40 letra i), el cual al enumerar las circunstancias determinantes para la imposición de la sanción específica, señala “todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”. A modo de ejemplo, a su vez, se señala, “(...) puede observarse cómo el umbral entre los diversos grados de las infracciones ambientales –aquellos casos que, por ejemplo, se sitúan en la zona gris existente entre una infracción grave y gravísima- es algo que queda entregado en buena parte a la discrecionalidad de la SMA”⁶⁰. Junto con estos claros ejemplos, la regulación ambiental permite a la SMA, fijar el rango de la multa, la creación de estrategias de intervención, la libre elección de circunstancias para la imposición, suspender el sancionatorio mediante la aprobación de un programa de cumplimiento, etc., supuestos que claramente constituyen ejemplos de otorgamiento de potestades discrecionales, en el contexto de hipótesis normadas⁶¹.

⁶⁰ GUILOFF, M., Y SOTO, P., “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2015, p. 115.

⁶¹ En este sentido, el Tercer Tribunal Ambiental, a propósito de un pronunciamiento en un fallo anterior, sostiene en lo pertinente: “Que, la interrogante acerca de cuál debe ser el grado de fundamentación que debe cumplir la Superintendencia al determinar el monto de las sanciones, es un tema de litigio recurrente

Pensemos en un caso hipotético, en el cual, luego de valorar la prueba, la SMA llega a la conclusión que la infracción es grave. En tal situación, la SMA deberá decidir si revoca la RCA, impone una multa de hasta 5.000 UTA, o clausura temporal o definitivamente las instalaciones del proyecto involucrado, para ello, la SMA deberá considerar fundadamente las circunstancias contempladas en el artículo 40, muchas veces citado. Sin embargo, la decisión sobre cuál de dichas circunstancias posee más peso probatorio en este caso concreto, que justifica la hipótesis sancionatoria, bajo un determinado umbral de suficiencia, no se encuentra normado por la ley, sino que queda entregada a la apreciación discrecional de la SMA.

Pensemos en otro caso hipotético, en el cual las situaciones de hecho han variado, pero se llega a la constatación, luego de valorar la prueba, que se trata de la misma infracción del supuesto anterior y que es grave. La SMA, entonces, deberá operar de la misma forma antes señalada, e incluso pensemos que resultan concurrentes las mismas circunstancias del artículo 40, sin embargo, la SMA elige imponer una sanción diferente.

Observamos que, en ambos supuestos, la SMA ha operado válidamente dentro de parámetros normados, toda vez que, ante la misma infracción, misma gravedad, y mismas circunstancias concretas de imposición, la sanción ha variado, lo que es jurídicamente

en esta sede. El objeto de la Superintendencia para no hacer pública la fórmula para el cálculo de sanciones, ha sido la necesidad de generar cumplimiento, objetivo que se vería amenazado de tener los regulados plena capacidad de estimación de la probable sanción en caso de la comisión de un ilícito, y por lo tanto existiría la posibilidad de que estos, conscientemente, escojan incumplir luego de la realización de un análisis costo beneficio. En la sentencia definitiva, este Tribunal respaldó esta posición de la autoridad entendiendo que su decisión compete a las atribuciones que esa Superintendencia tiene en materia sancionadora, sin perjuicio de que este Tribunal evalúe la conformidad en derecho del uso de esa discrecionalidad.” Y agrega, “Que, aun cuando la resolución exenta N° 1002 es posterior a la resolución reclamada, un análisis técnico de ella permite presumir que dicha metodología ha sido la utilizada por la Superintendencia para la determinación de la sanción recurrida, aun cuando esta no fuera pública. Para este Tribunal, el conocimiento de esta metodología permite analizar la forma de cálculo de las sanciones, en particular su componente de afectación. Se previene que siempre existirá algún grado de discrecionalidad en los parámetros de la fórmula de la sanción.” Tercer Tribunal Ambiental Rol N° R-13-2015, 12.02.2016, considerando vigésimo tercero y considerando vigésimo quinto, respectivamente.

válido. La imposición en ambos casos será correcta. La reflexión permite comprender que si bien existen aspectos reglados que pretenden moderar y modelar el espacio de la decisión, la SMA posee amplia discrecionalidad para adoptar la decisión.

En este contexto, se sostiene que la discrecionalidad no debe observarse como un mal que se infringe y que hay que controlar hasta llevar a su mínima expresión, como reafirma Sánchez Morón, “no es un mal inevitable que haya que reducir a la mínima expresión. Es más bien una necesidad institucional, una premisa del buen funcionamiento de la Administración cada vez en mayores áreas”⁶². Al existir en la decisión sancionatoria implementación por la SMA de políticas públicas asociados a los objetivos perseguidos por la regulación ambiental, debe gobernar en la revisión judicial una condición necesaria de deferencia, entre ambos órganos. La discrecionalidad otorgada en este contexto, funciona como una herramienta que entrega flexibilidad para conseguir objetivos específicos para el desarrollo de su función pública, pero ligadas primordialmente a la protección del medio ambiente⁶³. “La revisión judicial no debe frustrar esas finalidades bajo el pretexto de, por ejemplo, proteger derechos esgrimiendo los principios del *ius puniendi*. Que las instituciones sean eficientes –que el Derecho se cumpla- también es tarea de la función jurisdiccional”⁶⁴.

De esta forma, cobra relevancia la concepción del Derecho Administrativo desde una perspectiva funcional, dado que -refiriéndose a la discrecionalidad, “El papel del Derecho Administrativo no consiste, por tanto, en una lucha ciega contra el fenómeno

⁶² SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1994, p. 114.

⁶³ GUILLOFF, M., Y SOTO, P., “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2015, p. 120.

⁶⁴ SOTO, P., “Sanciones administrativas como medida de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 22, N° 2, 2016, p. 215-216.

(considerado como un mal), sino más bien en velar porque se mantenga dentro de los límites de lo efectivamente necesario y se ejerza en términos razonables y, por tanto, justificables (es decir, cumpliendo la regla básica de sometimiento a la Ley y al Derecho)”.⁶⁵

Por ello, aun existiendo margen discrecional, persiste el deber de ajustarse fundadamente a los parámetros reglados de imposición establecidos en los artículos 35 y siguientes de la LOSMA, y en términos amplios, al control judicial de legalidad, según se revisará.

1.1.1. Los conceptos jurídicos indeterminados⁶⁶ y la discrecionalidad: categorías conceptuales diferenciadas

Se aprecia, en la redacción de algunas normas precitadas, el uso por el legislador de lo que Hart denomina “textura abierta del lenguaje”, es decir, de palabras abiertas, vagas, flexibles, e imprecisas, que casuísticamente deben ser dotadas de contenido, y que en tal determinación, se confunden con el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Ejemplo de ello, son los conceptos “afectado gravemente”, “obstaculicen deliberadamente”, “riesgo significativo”, “incumplan gravemente”, “importancia del daño causado”, entre otros, doctrinariamente denominados conceptos jurídicos indeterminados, respecto de los cuales, se sostiene su diferenciación de la discrecionalidad.

⁶⁵ PAREJO, L., *Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 624.

⁶⁶ Históricamente, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados tiene su origen en Alemania, a partir de la segunda mitad del siglo XX, y surgió como una técnica de delimitación de potestades discrecionales. Ello, significó una revolución conceptual en la concepción de la discrecionalidad administrativa, entendidas ambas como categorías conceptuales diferentes desde sus inicios. SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2011, p. 17.

Si bien, no existe consenso en la doctrina si son dos categorías conceptuales diferenciadas, parte de los autores a los que adhiero, considera que no existe habilitación discrecional para la Administración, cuando se está ante conceptos jurídicos indeterminados. Así, Ramón Parada señala, que la discrecionalidad debe separarse conceptualmente:

“de otros cercanos en que la norma no reconoce un margen de libertad de decisión ni a la Administración ni al Juez, pero que condiciona la resolución a determinados “criterio de actuación”. No otra cosa son los conceptos jurídicos indeterminados, que el Tribunal Supremo ha definido como “aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos” de forma que su empleo excluye la existencia de varias soluciones igualmente legítimas, imponiéndose como correcta una única solución en el caso concreto, resultando, pues, incompatible con la técnica de la discrecionalidad.”⁶⁷

En el mismo sentido, al referirse a los conceptos jurídicos indeterminados, Cassagne⁶⁸, señala que “a diferencia de la discrecionalidad, esta técnica no implica una libre elección entre dos o varias posibilidades sino un problema de aplicación del Derecho que consiste, esencialmente, en reducir el marco de la decisión a una única solución justa”. A este planteamiento, se adhieren los autores García de Enterría y Fernández, Ernst Forsthooff, Villar Palasí y Villar Ezcurra, entre otros.⁶⁹

⁶⁷ SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2011, p.17.

⁶⁸ SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2011, p.17.

⁶⁹ SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2011, p. 17 Y 18.

Es así, que la doctrina alemana y española converge en que en la zona de incertidumbre del concepto la Administración posee un “margen de apreciación”, pero que no se trataría de una habilitación discrecional, sino que expresaría un ámbito de decisión en que la Administración deberá interpretar la ley, en términos cognoscitivos, respecto de una sola solución posible permitida (una comprobación objetivable del supuesto normativo), en el marco de un proceso reglado de subsunción de los hechos en la norma concreta, y como tal, controlable y sustituible como sostiene Parejo⁷⁰. En esta categoría no existe el elemento volitivo, no objetivable y de libre voluntad de elección entre varias opciones jurídicamente procedentes, como ocurre en la discrecionalidad.

La distinción precedente tiene injerencia en la extensión del control judicial y la posibilidad de sustitución del acto sancionatorio que los contiene,⁷¹ toda vez que por tratarse de una actividad jurídica –la dotación de contenido del concepto jurídico indeterminado- sería sustituible por el revisor, no así tratándose de ámbitos donde opera la discrecional.

⁷⁰ PAREJO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Editorial Tecnos S.A., 1993, p. 129-130.

⁷¹ Así, ha dicho la doctrina, siguiendo a Desdentado, “que en la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados la Administración dispone de un margen de discrecionalidad, aunque no necesariamente de una discrecionalidad fuerte, sino más bien una discrecionalidad jurídica e instrumental, que sería revisable y sustituible por los tribunales por tratarse de una actividad jurídica. Distinta es la situación de los conceptos jurídico-políticos, que conceden a la Administración la capacidad de decidir lo que más resulte conveniente para el interés público. Aquí la Administración realiza la elección de los medios más convenientes para la consecución de los fines de interés público establecidos por el legislador. Como se trata de un ámbito de decisión propio, la Administración ejerce una discrecionalidad fuerte y el control de los tribunales no es sustitutivo sino que solo vigila que la libertad de apreciación no devengue en arbitrariedad”. BORDALÍ, A. Y HUNTER, I., *Contencioso Administrativo Ambiental*, Editorial Librotecnia Chile, Santiago de Chile, 1° edición, 2017, p. 198.

Quizás se adelantará la discusión, pero resulta oportuno en este punto preguntarse, ¿qué ocurre, desde el punto de vista de la revisión judicial y eventual sustitución del contenido del acto, si la regulación ambiental incorpora ambas categorías conceptuales?, la respuesta a mi entender implica, comprender que la discrecionalidad en la regulación del sancionatorio ambiental, se ubica primordialmente en la consecuencia jurídica de la norma, mientras que los conceptos jurídicos indeterminados lo hacen en la literalidad de su supuesto de hecho. En términos de sustitución o reemplazo del acto, en un contexto en que concurren ambas categorías, la sanción misma —es decir, la consecuencia jurídica o si se quiere el objeto del acto administrativo sancionatorio, como veremos no sería sustituible.

Resuelto el punto atinente a la existencia de espacio discrecional para la SMA, su diferenciación con los conceptos jurídicos indeterminados y, el consenso en la necesidad y legitimidad a su vez, de las potestades discrecionales de la Administración, nos resta por resolver el control de la sanción que finalmente se determine. Esto es, si las facultades discrecionales se han ejercido conforme a Derecho, en el margen de lo regulado.

1.2. La determinación discrecional de la sanción ambiental como una decisión de política pública

La Administración en contraposición al juez, tiene margen para determinar discrecionalmente la suficiencia probatoria requerida en un caso concreto, dado que deliberadamente la ley le ha otorgado la libertad para determinar la sanción concreta en función de la ponderación de los diversos valores asignados a los intereses involucrados. Para ello, deberá sopesar si estos tienen identidad de valor o si merecen más protección que los demás involucrados.

En función de ello, se puede afirmar que la instancia de decisión queda entregada al juicio “subjetivo” de la SMA como extensión de su habilitación discrecional, como concreción del fin público que persigue, y la calidad exclusiva de la potestad sancionadora.

La exigencia de satisfacer los intereses generales, y promover el bien común, no es un requerimiento que pueda ser satisfecho por el juez o una fórmula que pueda ser dotada de contenido a priori, su concreción la efectúa la Administración, lo que presupone necesariamente un amplio margen de actuación que lo permita.

Ya señalaba en las primeras líneas, que las sanciones administrativas se encuentran diseñadas para operativizar reglas jurídicas y su cumplimiento, al tiempo que son un instrumento privilegiado que el legislador ha puesto a disposición de la Administración para que dé cumplimiento a sus finalidades, en el contexto del diseño y ejecución de políticas públicas. La flexibilidad al momento de la toma de decisiones es de vital importancia para su eficiente y correcto funcionamiento, lo cual vincula necesariamente a los estándares de prueba.

No obstante, dicho margen de actuación debe desenvolverse necesariamente dentro de parámetros jurídicos en virtud de la sujeción estricta de la Administración al imperio del Derecho, y el control irrestricto del acto efectuado por los Tribunales de Justicia.

2. EL CONTROL JUDICIAL DEL ACTO DISCRECIONAL

El tema de la discrecionalidad administrativa y su control judicial continúa siendo una de las controversias del Derecho Público que reviste mayor trascendencia. Conocida fue la polémica a principio del siglo de la década de 1990, entre Tomás Ramón Fernández y Luciano Parejo Alfonso –doctrina española- respecto al alcance del control del ejercicio

de la discrecionalidad administrativa por parte de los jueces, problemática que esta el día de hoy no logra acuerdo.

Así, para algunos el control total del acto se identifica con la protección de la tutela judicial efectiva, para otros, el control de la discrecionalidad es susceptible de dificultar o limitar la función pública que constitucionalmente la Administración está llamada a ejercer. Dos caras de la misma problemática, esto es, determinar si es procedente el control del acto discrecional, y en caso de ser afirmativa la respuesta, hasta donde o qué extensión debe tener tal justiciabilidad.

No es discutible que toda actuación administrativa en un Estado de Derecho, es controlable por los Tribunales de Justicia, así se desprende de los artículos 19 N° 3 y artículo 38 de la CPR⁷². Los órganos jurisdiccionales, ordinarios o especiales, tienen por función constitucional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de manera exclusiva y excluyente, y en concreto, los Tribunales Ambientales “resolver las controversias medioambientales de su competencia”⁷³, básicamente mediante la adjudicación de la decisión con efecto de cosa juzgada. Por tanto, no pueden ejercer una función distinta de aquella que le es constitucionalmente atribuida (artículos 6° y 7° de la CPR). Desde una perspectiva tradicional⁷⁴, históricamente los procedimientos contencioso

⁷² Esta norma es semejante a la consagrada en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la cual establece:“(4) Toda persona cuyos derechos sean lesionados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será de los tribunales ordinarios”. La norma precitada, tuvo por objetivo derribar el objetivismo del control judicial de la Administración transformándolo en un sistema subjetivo de protección y garantía de derechos frente a la Administración. De esta forma el artículo 38 inciso 2° de nuestra Constitución Política de la República, consagra el control judicial universal de la Administración. CORDERO, L., *El control de la Administración del Estado*, Editorial Legal Publishing Chile, 2° edición, 2009, p. 159-160.

⁷³ Ley N° 20.600, 2012, artículo 1°.

⁷⁴ Respecto a la evolución histórica que ha tenido el control de la Administración por los Tribunales de Justicia, y cómo la tradición romano-germánica ha influenciado su desarrollo en Chile, ver BORDALÍ, A.,

administrativos han tenido como principal objeto la pretensión de anulación de un acto administrativo afecto a alguna de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, respecto del cual se recurre al órgano jurisdiccional para que efectúe un control de legalidad del acto, y determine si en definitiva se ajusta o no a Derecho.⁷⁵

Sin embargo, ¿cómo se desenvuelve el control judicial cuando el acto administrativo es dictado en ejercicio de potestades discrecionales? Al respecto se adoptará la siguiente postura: en relación con la discrecionalidad administrativa dicha función jurisdiccional se ejerce a través del control estrictamente jurídico o de legalidad del acto administrativo, con sustento en los argumentos que a continuación se pasan a desarrollar.⁷⁶

Juzgar y administrar, son atribuciones constitucionalmente diferentes, en virtud del principio de separación de poderes, que a su vez es pilar básico de la organización de un Estado en una sociedad democrática moderna. Bajo esta lógica, se concibe al procedimiento administrativo como:

“más idóneo que el proceso judicial para el desarrollo de la función de servicio a los intereses generales. Facilita a priori la investigación y toma en consideración los datos e intereses relativos a un caso concreto, a fin de proceder a su ponderación para la adopción de futuras decisiones adecuadas en su servicio al

Y FERRADA, J. C., *Estudios de Justicia Administrativa*, Editorial LexisNexis, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2008, p. 105 y sgtes.

⁷⁵ CORDERO, L., *El control de la Administración del Estado*, Editorial Legal Publishing Chile, 2º edición, 2009, p. 156.

⁷⁶ Así se sostiene, “De aquí, deriva la obligación de los órganos judiciales de atenerse a un control de naturaleza estrictamente jurídica, que es plenamente coincidente con la prohibición de sustituir a otros órganos constitucionales en el ejercicio de otras funciones decisorias distintas, pues, dos órganos de poderes constitucionales diferentes no pueden desarrollar legítimamente una misma función.” SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1994, p. 156-157.

interés general. En cambio en el proceso judicial está adaptado para la función de control exclusivamente jurídico y a posteriori de la Administración”.⁷⁷

Hunter en la misma línea, señala:

“Mientras que el primero es concebido como un conjunto de actividades y actuaciones previas al acto final que, ligadas entre sí permiten a la Administración efectuar una mejor ponderación de los intereses individuales para el fin público, el segundo se concentra en la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos con prescindencia del interés general que se quiere alcanzar con el acto administrativo.”⁷⁸

En función de ello es dable sostener, que la maximización de la protección de los bienes jurídicos en esta materia se logra de mejor modo en el sancionatorio ambiental, y con ello, el proceso judicial queda relegado al control de legalidad del acto impugnado. En este contexto, el autor precitado, afirma:

“Si esto es efectivamente así, no queda duda que el proceso judicial debería ser una instancia de pura revisión, al menos bajo la esfera de aplicación de la LTA, donde la posibilidad de aportar prueba se encuentre limitada e incluso prohibida. Esto es coherente además con un rígido sistema de revisión jurisdiccional, que busca verificar el cumplimiento de la legalidad como límite al ejercicio de las potestades públicas.”⁷⁹

⁷⁷ CORDERO, L., *El control de la Administración del Estado*, Editorial Legal Publishing Chile, 2º edición, 2009, p. 170.

⁷⁸ HUNTER, I., “La prueba en el procedimiento ante los Tribunales Ambientales”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2015, p. 233.

⁷⁹ HUNTER, I., “La prueba en el procedimiento ante los Tribunales Ambientales”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2015, p. 233.

2.1. Análisis doctrinal

Existe extensa literatura al respecto, ligada a concepciones de lo más diversas, centradas básicamente en teorizar si los actos discrecionales de la Administración, son controlables por los Tribunales de Justicia, y cuál es la intensidad de dicho control bajo la premisa que no existen actos puramente discrecionales.

Pierry al respecto señala: “la existencia del poder discrecional se define en forma residual, pues se presenta cuando las exigencias de la legalidad se han agotado. Así, dentro de cada acto administrativo existe un aspecto reglado y un aspecto discrecional. (...) El control de legalidad recae sobre el aspecto reglado del acto o actuación de la Administración. En su aspecto discrecional no es susceptible de control alguno”.⁸⁰ Otros autores nacionales, a propósito del análisis conjunto de los artículos 17 N° 5 y 30 inciso 2°, ambos de la ley N° 20.600, señalan acertadamente, que es posible efectuar, al menos en materia ambiental, un control sobre los elementos discrecionales del acto, y que dicha revisión supone valorar necesariamente aspectos científicos y técnicos, y en consecuencia, tanto los hechos y el derecho.⁸¹

Por su parte, Rubén Saavedra, matizando las posturas anteriores, y en atención a la diferenciación entre potestades discrecionales y su ejercicio, señala que la discrecionalidad por definición, entendida como un ámbito de libre decisión de la Administración,

⁸⁰ PIERRY, P., “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, 1984, p. 480.

⁸¹ BORDALÍ, A. Y HUNTER, I., *Contencioso Administrativo Ambiental*, Editorial Librotecnia Chile, Santiago de Chile, 1° edición, 2017, p. 207. En virtud de la interpretación del artículo 25, la sentencia deberá pronunciarse sobre los fundamentos técnico-ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia y, artículo 29 que establece la obligación del órgano administrativo de acompañar al informe el expediente administrativo completo, ambos de la ley N° 20.600, junto a la aplicación de las reglas para el conocimiento y fallo del recurso de apelación civil, por remisión del artículo 29 precitado, los jueces ambientales deben necesariamente conocer los hechos fundantes del acto reclamado.

privativa y exclusivamente atribuida por el ordenamiento jurídico, no es controlable judicialmente. De este modo, lo que la judicatura debe controlar en el ejercicio de la discrecionalidad, es que la decisión sea adoptada en el marco de la legalidad respetando los límites generales de toda actuación administrativa.⁸² En otros términos, la potestad discrecional entendida como la “libertad” para decidir, no puede ser controlada, ni mucho menos sustituida (quien no puede lo menos con mayor sustento no puede lo más). Sin embargo, su ejercicio, manifestado en la dictación del acto administrativo, podrá ser controlado judicialmente mediante el control de legalidad, pero no sustituido, porque equivaldría a sustituir la potestad⁸³.

Como sabemos, en la doctrina española, tradicionalmente la corriente del control pleno de la actividad discrecional, es sostenida por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández⁸⁴. Mientras que, la postura diametralmente opuesta, es sostenida por Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón, la que en términos generales, aboga por el control judicial deferente y no sustitutivo de la decisión administrativa.⁸⁵

Del análisis conjunto de las posturas expuestas, es posible sostener acertadamente que el acto discrecional es controlable judicialmente, punto en el cual existe consenso. Sin

⁸² SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2011, p. 85.

⁸³ En opinión de Patricio Aylwin, los actos discrecionales “son susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente y por otra parte, generar responsabilidad jurídica, en la medida que la autoridad encargada de ejecutarlo valla más allá de los límites que le impone esta regulación”. AYLWIN, P., *Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, Tomo II, 1960, p. 87. Bermúdez, por su parte, señala: “Toda actuación administrativa es justiciable, el problema será determinar hasta donde o qué profundidad puede tener tal justiciabilidad respecto de los actos discrecionales”. BERMÚDEZ, J., “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVII, 1996, p. 278.

⁸⁴ Sus postulados en SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2011, p. 64.

⁸⁵ Sus postulados en SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2011, p. 70-71.

embargo, las posturas se bifurcan en la intensidad, dado que al no existir actos puramente discrecionales, se discute si el control se ejerce únicamente sobre sus aspectos reglados o abarca también su contenido discrecional, y con ello, si resulta válido que dicho control sea o no sustitutivo de dicha decisión. Lo cierto es que, a mi juicio, el control judicial en materia ambiental, es un control de legalidad del acto que revisa tanto sus aspectos reglados como su contenido discrecional, por la vía del control de la motivación del acto, por tratarse de procedimientos altamente tecnificados en el cual se habilita a los jueces ambientales a revisar tanto el Derecho como los hechos.

Sin embargo, sostener el control judicial del contenido discrecional del acto no supone afirmar que dicho contenido podrá ser sustituido, básicamente porque se estaría sustituyendo a su vez la potestad radicada de manera exclusiva en la Administración, existe norma expresa en tal sentido, como es el artículo 30 inciso 2° de la ley N° 20.600, el control que se ha instaurado es de legalidad y no de mérito, como se verá más adelante, y finalmente por razones de política pública que fundamentan la determinación del estándar probatorio en esta materia, como se ha señalado en el presente trabajo.

2.2. ¿Cuál es la extensión e intensidad del control judicial?

La doctrina del Derecho Administrativo, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, ha elaborado ciertas técnicas de control de la legalidad, en función de construcciones dogmáticas ampliamente aceptadas, para limitar o disminuir la discrecionalidad. Es por ello que, por la vía doctrinaria, se han ido ampliando las exigencias de legalidad y con ello los aspectos reglados del acto administrativo, lo que ha tenido asidero en la jurisprudencia comparada, y nacional, y es lo que Pierry denomina “el poder reglado jurisprudencial”.

Según el esquema clásico del control de la discrecionalidad, parafraseando a Bermúdez, la revisión judicial de actos discrecionales debe recaer en el control de los siguientes aspectos: sus elementos reglados, los hechos determinantes, el fin de la potestad –o también llamada “desviación de poder” entendida como el logro de un determinado fin impuesto por el ordenamiento-, y los principios generales del derecho.⁸⁶

En idéntico sentido, el Tercer Tribunal Ambiental en sentencia del año 2015⁸⁷, señaló:

“Que, las técnicas de control del ejercicio de las facultades administrativas discrecionales son tradicionalmente dos. La primera verifica **los elementos reglados del acto discrecional**, estos son, la potestad, su extensión, las formas, procedimientos, y competencia. En tanto, la segunda busca advertir la **desviación de poder**, esto es, si en el ejercicio de las potestades discrecionales la administración se ha apartado del fin de la ley (ratio legis), siendo este último elemento considerado como uno reglado de estas facultades (Marín H. A., Discrecionalidad Administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 291). Refiriéndose la controversia a aspectos formales y de fondo de un acto discrecional de la SMA, este Tribunal efectuará ambos análisis, así como también controlará los **hechos determinantes del acto recurrido** -que es una tercera técnica-, toda vez que el ejercicio discrecional del poder por la administración se origina, fundamenta y justifica en presupuestos fácticos; así

⁸⁶ BERMÚDEZ, J., “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVII, 1996, p. 279.

⁸⁷ Tercer Tribunal Ambiental, 27.03.2015, Rol N° R-6-2014, considerando nonagésimo. La sentencia resuelve la reclamación presentada, entre otros, por la titular Endesa, en contra de una resolución dictada por la SMA, que sanciona al titular con una serie de multas con ocasión de diversos incumplimientos advertidos en la operación de la Central Termoeléctrica Bocamina, resolviendo anular parcialmente la resolución recurrida.

como también controlará la **proporcionalidad** de la Resolución Recurrida -que es una cuarta técnica” (el destacado es original).

Sin embargo, este esquema clásico se ha ido matizando, debido a que la doctrina y jurisprudencia, ha incorporado, los siguientes elementos: el error manifiesto de apreciación (la Administración es quien califica los hechos en atención a la pre configuración de una realidad determinada y los encuadra en el supuesto de hecho de la infracción), la razonabilidad de la decisión (se comprende de forma opuesta a lo irracional, como carente de justificación, o se aparta de sus fines, por ser arbitrario), el principio de proporcionalidad (ya mencionado), y la motivación del acto.⁸⁸ Este último elemento, algunos sostienen forma parte de los elementos reglados del acto.⁸⁹

Que, a este respecto, el Segundo Tribunal Ambiental, en sentencia del año 2015, en el caso relativo al proyecto Santiago Downtown sostiene:

“Que, por su parte, la jurisprudencia asentada por la Excelentísima Corte Suprema “[...] recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación- la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable”(SCS Rol N° 2614-2015, de 16 de junio de 2015, considerando décimo primero, y SCS Rol N° 1.119-2015, de 30 de septiembre de 2015, considerando décimo sexto).”⁹⁰

⁸⁸ BERMÚDEZ, J., “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVII, 1996, p. 279.

⁸⁹ Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° R-6-2014, considerando nonagésimo primero.

⁹⁰ Segundo Tribunal Ambiental, 15.10.2015, Rol N° R-39-2014, considerando séptimo.

Pierry por su parte, a propósito del poder reglado jurisprudencial, clasifica dentro de las causales previstas en el Derecho Administrativo para la anulación de sus actos, las siguientes: incompetencia, vicios de forma o de procedimiento, desviación de poder (aspecto subjetivo del acto) o violación de la ley (aspecto objetivo del acto). Las dos primeras causales corresponden a la legalidad externa, y los dos segundos a la legalidad interna.⁹¹ Respecto, a la legalidad interna, en concreto la ilegalidad por violación de ley, la extiende al error en su interpretación, y distingue siguiendo a Bonnard, entre ilegalidad relativa al objeto del acto, e ilegalidad relativa a los motivos, sea por ausencia de motivos legales o por ilegalidad de los motivos invocados.⁹² En el presente trabajo, se propone a modo de estandarizar los elementos controlables del acto discrecional, el siguiente esquema de técnicas:

- 1. Control de los elementos reglados del acto:** Se incorpora, la extensión de la potestad, las formas, el procedimiento, la competencia, y la desviación de poder⁹³, en virtud básicamente de la sujeción al principio de legalidad, en los términos del artículo

⁹¹ PIERRY, P., “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, 1984, p. 481.

⁹² PIERRY, P., “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, 1984, p.485. En el mismo sentido, Jorge Reyes Riveros señala que: “el principio de juridicidad impone diversas limitaciones al ejercicio de facultades discrecionales: a) atribución normativa y la competencia discrecional debe ser otorgada por ley; b) el ejercicio de la facultad discrecional se debe enmarcar en un procedimiento administrativo que debe culminar con un acto terminal; c) el acto debe estar motivado; d) el acto debe cumplir con su fin; e) la interdicción de la arbitrariedad, que limita naturalmente el ejercicio de cualquier atribución discrecional, “puesto que ni aún con tal facultad se podría incurrir en discriminación arbitraria, en falta de proporcionalidad o, en general, en un acto caprichoso”; f) el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los cuales no pueden ser limitados en su esencia, y g) el respeto a los principios generales del derecho, como la igualdad de los Administrados ante la Administración; la buena fe, la seguridad o certeza jurídica, el principio de confianza legítima en el actuar de la Administración, entre otros.” SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2011, p. 55.

⁹³ También como “recurso por exceso de poder”, surge en el primer tercio del siglo XIX en Francia, a propósito de la aparente inmunidad de los actos discrecionales, se señala que no es otra cosa que la disconformidad con el derecho al apartarse del fin público previsto por la regla.

6° y 7° de la CPR. Como se señala, aun tratándose de actos discrecionales, siempre existen elementos reglados presentes, dado -entre otros aspectos - su ejercicio requiere habilitación normativa previa.

Se identifican con la forma tradicional en que se entienden los elementos de validez de todo acto administrativo, los cuales se clasifican doctrinariamente de la siguiente manera: a) elementos objetivos, conformado por la competencia y el contenido, este último a su vez, comprende el contenido esencial, natural y accidental, básicamente en los términos que lo define la teoría del acto jurídico; b) elemento causal o motivos, en sus dos vertientes, una objetiva que responde el porqué del acto administrativo, y una relativa a su exteriorización, a través de la exigencia de la motivación; c) elemento teleológico o finalista, el cual responde a la interrogante, para qué se dicta el acto, y se identifica con el vicio de desviación de poder, y; d) el elemento formal, compuesto por el procedimiento, la explicitación de la motivación y los recursos que contra el mismo procedan, esto último en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 inciso 4° de la ley N° 19.880.⁹⁴

2. Control por los principios generales del Derecho: Se incorpora, entre otros, el principio de proporcionalidad, el principio de la confianza legítima, la regla del non bis in ídem, ya analizados, interdicción de la arbitrariedad y el respeto a la protección constitucional de los derechos fundamentales, los cuales no pueden ser afectados en su esencia (artículo 19 N° 26 CPR).

3. Control de la motivación del acto: Mediante el control de la motivación se revisa la aplicación correcta del supuesto de hecho de la norma, mediante el examen de los hechos determinantes del acto⁹⁵, los conceptos jurídicos indeterminados, la

⁹⁴ BERMÚDEZ, J., *Derecho Administrativo General*. Editorial Thompson Reuters, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2014, p. 147 a 152.

⁹⁵ En este punto, la doctrina señala que mediante el control de este elemento, se busca comprobar si los hechos que la Administración tiene por ciertos, tienen existencia real al momento del control judicial, y

apreciación correcta de los hechos efectuada (error manifiesto de apreciación o error de hecho) y la razonabilidad de la decisión.

Si bien, la motivación es un elemento de todo acto administrativo, y como veremos constituye una exigencia normativa su explicitación, discrepo en clasificarlo para efectos de su control, como elemento reglado del mismo, toda vez que si bien algunos de sus presupuestos tienen consagración literal, es decir, reglada, en la norma que consagra el supuesto de hecho, por ejemplo, los hechos determinantes y los conceptos jurídicos indeterminados, lo que se controla –a mi juicio- a través de la motivación, es la exteriorización y correcta explicitación del razonamiento de la Administración, al aplicar e interpretar la norma en relación a los hechos que tiene por acreditados (contrastación entre norma que considera aplicable y hechos acreditados), y la razonabilidad de dicha explicitación y decisión resultante. Este proceso no puede reglarse o determinarse a priori por el legislador. Por ello, como técnica de control de legalidad, se clasificará en forma diferenciada.

En particular, el control de la motivación a través de los elementos mencionados, revisa si hay o no motivación (existe o no) como elemento de forma del acto. También controla, la adecuación de los motivos a la concurrencia de razones de hecho acreditadas, como elemento sustancial del acto, lo cual en términos generales, “permite la comprobación por el órgano de control del ejercicio racional y razonable del poder discrecional conferido por el ordenamiento jurídico, tanto en sus aspectos de forma como de fondo”.⁹⁶ Sin embargo, lo problemático de la motivación es determinar su suficiencia, es decir, cuándo se entiende que es suficiente la motivación del acto, determinación que

su revisión puede revestir tres modalidades: a) control de la exactitud material de los hechos, b) control de la calificación jurídica de los hechos, y c) control de la apreciación de los hechos.

⁹⁶ Tercer Tribunal Ambiental, 27.03.2015, Rol N° R-6-2014, considerando nonagésimo sexto. En el mismo sentido, Segundo Tribunal Ambiental, 17.12.2014, Rol N° R-26-2014, considerando vigésimo primero, y Segundo Tribunal Ambiental, 23.04.2014, Rol N° R-14-2014, considerando quinto.

deberá efectuar el juez, en atención a los antecedentes del caso concreto. Sobre el análisis de la motivación me referiré en extenso en un apartado del presente capítulo.

Respecto al sentido de las técnicas de control de actos discrecionales, el Tercer Tribunal Ambiental, señala:

“En este sentido, como sostiene Parejo, las técnicas de control judicial de la discrecionalidad son diferentes a aquellas empleadas frente a las potestades regladas, y se caracterizan por estar orientadas a asegurar el respeto del umbral legítimo de la discrecionalidad, de manera que no habilitan "a los Tribunales para sustituir, por una propia, las decisiones administrativas de este último carácter" (Parejo, L. Op. Cit., pág. 630). En otras palabras, tratándose de una potestad discrecional, en materia de sanciones, es a la Administración a la que corresponde ponderar las circunstancias concurrentes para satisfacer la debida proporcionalidad entre los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad exigida.”⁹⁷

Por ello, se puede concluir acertadamente que las técnicas de control de la legalidad del acto discrecional, permiten controlar justamente su legalidad, y no habilitan para sustituir su contenido.

Respecto a su relación con el contenido discrecional del acto, sabemos que su contenido reglado necesariamente debe ser; el quién (el órgano al que se le atribuye la potestad), el cómo (procedimiento), el por qué (finalidad pública) y el cuándo (plazos legales) del ejercicio de la potestad, pero se observa que en ninguno de estos elementos hay discrecionalidad, dado que no existe habilitación para la libre elección de medios

⁹⁷ Tercer Tribunal Ambiental, 27.03.2015, Rol N° R-6-2014, considerando nonagésimo sexto.

igualmente aptos para actuar. Sin embargo, en la decisión concreta, es decir, el qué (la adopción de la medida), sí hay discrecionalidad propiamente tal, dado que dicho contenido no puede ser normado ex ante.⁹⁸ Decisión concreta determinada por el estándar probatorio, y cuya aplicación no es más que discrecionalidad del órgano.

Otro aspecto relevante que es necesario abordar sobre la extensión del control del acto discrecional, dice relación con el tipo de control que efectúan los TA al revisar el acto sancionatorio, a propósito de su habilitación para conocer de los hechos. Me refiero a la distinción doctrinal entre control de mérito⁹⁹ y control de legalidad.

En consideración a lo precedentemente expresado, se puede sostener que si la ley ha querido que un determinado acto sólo pueda ser dictado en virtud de determinados hechos, le corresponde a quien controle la legalidad conocer de tales hechos, y su exactitud, como ocurre en materia de reclamaciones ambientales, con la revisión de los hechos y el derecho. Luego si la Administración, fundamenta el acto discrecional en determinados hechos, su control forma parte del control de legalidad de dicha decisión, mediante el examen de la motivación del acto discrecional.

En este orden de ideas, el control de legalidad permite anular un acto por ser ilegal, contrario a Derecho, pero nunca por ser inoportuno, con mayor sustento tratándose de actos discrecionales, respecto de los cuales se postula su contenido no puede ser sustituido. Ello es asimilable al control que efectúa C.G.R. sobre los actos administrativos, en el cual existe prohibición expresa para revisar su mérito¹⁰⁰. Resulta

⁹⁸ SOTO KLOSS, E., *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 2009, p. 363.

⁹⁹ En el *common law* se denomina “revisión de mérito”, mientras que en el *civil law* revisión de “plena jurisdicción”. La doctrina lo identifica, en materia ambiental, con el procedimiento de demandas por daño ambiental, consagrado en la ley N° 20.600.

¹⁰⁰ DS N° 2421, 2014, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido de su ley orgánica, artículo 21 B, señala: “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.

fundamental para el entendimiento del objeto de estudio, no confundir el control de los hechos por la vía del control de la motivación, con el control del mérito de la decisión.

2.3. La imposibilidad de sustituir el contenido discrecional del acto sancionatorio ambiental

Si sabemos que son controlables, y sobre qué elementos recae dicho control, en el contexto de su extensión ¿pueden los jueces ambientales, por la vía de la revisión, sustituir el acto administrativo discrecional, y determinar su contenido? La respuesta se ha adelantado líneas más arriba, no obstante, resulta relevante volver sobre este punto.

El resultado definitivo de la discusión parlamentaria que dio lugar a la dictación de la ley N° 20.600 suprimió de lleno la referencia explícita al estándar de control inicialmente consagrado¹⁰¹, y eliminó la atribución para “sustituir la decisión en la parte que corresponda” y “modificar los actos contrarios a las disposiciones de la ley”.

¹⁰¹ El Precitado Mensaje N° 1419-357 de 28 de octubre de 2009 del proyecto de ley N° 20.600, p. 27, consagraba el siguiente articulado: “Artículo 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

La posibilidad de sustituir o reemplazar¹⁰² el contenido del acto discrecional, ambas palabras utilizadas indistintamente, abre la puerta a relativizar la importancia de la separación de poderes, y el sistema de frenos y contrapesos consagrado en Chile, que impide básicamente a los Tribunales entrometerse en las esferas de atribuciones de otros órganos del Estado. Si bien, el proyecto de ley permitía que los TA reemplazaran el acto reclamado, según su texto definitivo sólo le es permitido anular y ordenar a la Administración que el acto sea modificado, dejando a salvo la determinación concreta del contenido del acto anulado a la Administración, así lo señala el artículo 30 inciso 2° de la ley N° 20.600, el cual prohíbe a los TA “determinar el contenido discrecional de los actos anulados”¹⁰³. Tal prohibición se encuentra en armonía con la doctrina y jurisprudencia administrativa de los países de tradición anglosajona, y la mayoría de la doctrina autorizada española. Sin embargo, pese a prohibición expresa, es común en la práctica jurisprudencial, que los TA reemplacen derechamente el contenido del acto discrecional, tomando en cuenta los antecedentes de hecho y de derecho que inciden en su legalidad, incluso empeorando la situación del sancionado.¹⁰⁴ La Corte Suprema, en

decisión y sustituir la decisión en la parte que corresponda.” y su “Artículo 26.- La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y técnicos - ambientales con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo. **En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar como medidas el dejar sin efecto o modificar los actos contrarios a las disposiciones de la ley y ordenar la realización de determinadas actividades.”** (el destacado es agregado).

¹⁰² La Real Academia Española de la lengua, define sustituir como “poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”, y reemplazar, como “sustituir algo por otra cosa, poner en su lugar otra que haga sus veces”, siendo alternativamente palabras sinónimas.

¹⁰³ Similar norma se encuentra en la ley española N° 29/1998, de 13 de julio, que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya norma contenida en su artículo 71.2, reza “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.”

¹⁰⁴ Ejemplo de ello, es la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, 12.09.2014, Rol N° R 23-2013, la cual resuelve acogiendo parcialmente la reclamación interpuesta por Sociedad Eléctrica de Santiago S.A. contra resolución sancionatoria de la SMA, ordenando a esta dictar nuevamente el acto administrativo, manteniendo la tipificación y calificación de los incumplimientos, pero ordenando la adecuada

materia ambiental, antes de la entrada en funcionamiento de los TA, operó, aunque de manera cambiante, de la misma forma.¹⁰⁵ Actualmente, por la vía del recurso de casación sobre sentencias de los TA, la situación es similar¹⁰⁶.

motivación de las circunstancias del artículo 40, y que estos sean sancionados separadamente. Ello redundó en la agravación de la situación del sancionado, ya que la SMA consideró las restantes circunstancias como agravantes, y no como una nueva infracción. La Corte Suprema, 04.07.2015, Rol N° 25.931-2014, anuló la sentencia mencionada, en el marco del recurso de casación por ultra petita. Ver en BORDALÍ, A. Y HUNTER, I., *Contencioso Administrativo Ambiental*, Editorial Librotecnia Chile, Santiago de Chile, 1° edición, 2017, p. 235.

¹⁰⁵ Los casos ambientales, a mi juicio, más palmarios, y que reflejan la jurisprudencia cambiante de la Corte Suprema, por lo menos hasta antes de la entrada en funcionamiento de los TA, son los siguientes: El año 2002, conociendo de las apelaciones en el marco de un recurso de protección, deducidas por la Comisión Nacional de Medio Ambiente, y la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A, en relación al proyecto “Complejo Forestal e Industrial Itata”, sostuvo -al revocar la sentencia de alzada-, que los jueces no podían sustituir a la autoridad administrativa en la determinación de los impactos futuros de un proyecto, dado la existencia regulada del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El año 2005, en el caso Celco Valdivia, conociendo de un recurso de protección, la Corte sostuvo que era competencia de la autoridad administrativa la determinación técnica de los incumplimientos de la RCA, y que los tribunales de justicia no pueden reemplazar a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones. El año 2011, cambia el criterio en el caso “Expo-Pork” (empresa Expo Pork Meat Chile S.A.), en relación a una planta faenadora de cerdos, al acoger por unanimidad un recurso de protección, sosteniendo al inmiscuirse en la determinación de los impactos ambientales del proyecto, que la determinación efectuada por la autoridad administrativa atentaba contra los derechos de las comunidades interesadas. Por su parte, el año 2012, la Corte, resolviendo las apelaciones en los diversos recursos de protección interpuestos contra RCA, en el caso “Castilla II” estuvo por aplicar la no deferencia al involucrarse directamente en la evaluación ambiental del proyecto. Asimismo, y en la misma línea, el año 2012, en el primer pronunciamiento sobre el caso “Río Cuervo”, la Corte decide entrar al fondo de la evaluación técnica del proyecto, tomando la postura de evaluador, en concreto, relativo al informe de suelo, y ordenar la realización de una nueva evaluación. Finalmente, en el mismo año, en el caso Bocamina I, relativo al proyecto “Ampliación Central Bocamina (segunda unidad), la Corte Suprema invoca la falta de motivación o razonamiento del acto de trámite (declaración de admisibilidad) para ordenar derechamente al titular del proyecto a presentar un Estudio de Impacto Ambiental, y en consecuencia, reingresar el proyecto al SEIA. Contrario a lo que ese mismo año, sostuvo la Corte en el caso Termoeléctrica Pirquenes, en el cual aplicó deferencia, al argumentar que no podía adoptar una decisión que estaba dentro de las competencias administrativas del SEA, por lo que ordenó a la Comisión pronunciarse nuevamente sobre la calificación ambiental del proyecto.

¹⁰⁶ Ejemplo de ello, son los pronunciamientos del Tercer Tribunal Ambiental, en causa R 23-2015, de 26.05.2016, en el cual resolvió acoger parcialmente la reclamación deducida por Exportadora Los Fiordos Ltda. en contra de la Resolución Exenta N° 994 (Resolución reclamada), dictada por la SMA, que impuso a dicha empresa una multa equivalente a 4.143 UTA, rebajando la cuantía de la multa impuesta considerablemente, mediante la eliminación de algunas multas impuestas, en relación a los cargos formulados, sustituyendo las consideraciones que fundamentaban su procedencias. La Corte Suprema, resolvió acoger recursos de casación en la forma y en el fondo interpuesto por uno de los recurrentes en

En particular, la posibilidad que los TA agraven la situación inicial del reclamante, sustituyendo el acto sancionatorio, vulnera derechamente el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que desincentiva el ejercicio del derecho de acción, y vulnera el derecho de defensa toda vez que el “cambio de condiciones” se efectúa en una instancia en la cual las posibilidades de rendir prueba se encuentran extremadamente limitadas, y procesalmente se explicita el razonamiento del Tribunal hasta la dictación de la sentencia.

El control de los jueces debe realizarse dentro de los límites de un control de Derecho, circunscribiéndose a revisar jurídicamente una decisión previamente adoptada. Si en el contexto de la revisión, los TA modifican, adicionan o suprimen algún elemento de juicio, probablemente redunde en que el resultado probatorio al que arribó la Administración igualmente se altere.¹⁰⁷ En un contexto donde únicamente le es permitido efectuar un control de legalidad y no de mérito del acto impugnado.

El modelo de revisión judicial consagrado en la ley N° 20.600, respecto del procedimiento de reclamaciones, implica que las posibilidades de aportación de prueba se encuentra limitada únicamente a la rendición de prueba documental, por lo que la plenitud probatoria que permite acreditar o desvirtuar las hipótesis de hecho queda entregada al sancionatorio ambiental. Ante los TA, el material probatorio está constituido

contra de dicho pronunciamiento, incrementando la cuantía de la multa determinada por el TA, fijándose en un monto inferior al impuesto por la SMA. Corte Suprema Rol N° 38.340-2016 de 03.08.2017.

¹⁰⁷ En este sentido, Hunter sostiene; “Esto equivale, a mi entender, a una verdadera “sustitución” de la decisión utilizando la vía probatoria, desde que el TA tomaría una decisión en el ámbito reglado utilizando información que no ha sido valorada por la Administración. En un sistema de distribución de competencias basado en la deferencia, los órganos jurisdiccionales no debieran decidir utilizando materiales fácticos y probatorios distintos a los considerados por la Administración al momento de dictar el acto impugnado. Ello, por la sencilla razón de que el proceso jurisdiccional sólo sirve para revisar la decisión a la luz del sistema jurídico, pero no para construirla en base a nuevos antecedentes. Esta postura, sin embargo, podría atenuarse cuando en el procedimiento administrativo no exista una verdadera etapa de recopilación contradictoria de la prueba, sino instancias de averiguación, indagación y esclarecimiento con escasa participación del administrado”. HUNTER, I., “La prueba en el procedimiento ante los Tribunales Ambientales”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2015, p 234.

principalmente por el expediente administrativo, material que fue valorado y ponderado previamente por la Administración. Ello implica que en términos epistémicos, en una instancia de revisión, no puede hablarse con plenitud de determinación autónoma de estándar probatorio, sino más bien de revisión del estándar ya aplicado previamente.

La Administración al actuar en ejercicio de potestades discrecionales, cuenta con amplia libertad de elección, que le ha sido entregada por el ordenamiento para que adopte la decisión que objetivamente le parezca sirve de mejor modo a los intereses generales llamada a satisfacer, al juez no le compete esta atribución. Al sustituir el contenido de un acto discrecional, está desfigurando la función de juzgar que constitucionalmente le ha sido asignada, los TA no poseen potestad sancionadora¹⁰⁸. Lo correcto, a mi juicio, a la luz del artículo 30 tantas veces citado, es que si el acto es anulado total o parcialmente, la SMA podrá, según el contenido de la sentencia, elegir otra de las opciones que en términos discrecionales resulten igualmente procedentes para el caso concreto, o subsanar el vicio de anulabilidad que afecte a la resolución sancionadora, a través de la dictación de un nuevo acto.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Sin embargo, la doctrina distingue casos, en que el control judicial puede ser sustitutivo, excluyendo por supuesto los actos discrecionales. En este sentido, pese a postular el control deferente y la no sustitución en esta materia, Parejo igualmente señala casos en que es posible la sustitución judicial, lo que denomina “control judicial de máxima intensidad”, y son aquellos casos en que hay competencia reglada, porque en estos casos el juez interpreta el sentido de la ley, como le es permitido, y aplica la única solución jurídicamente posible, cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados, porque igualmente entiende que se reconduce a una única solución jurídicamente posible, y tratándose de conceptos habilitantes de “márgenes de apreciación”, salvo que prefiguren la actividad administrativa en términos equiparables a la discrecionalidad estricta. PAREJO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Editorial Tecnos S.A., 1993, p. 129-130. Otros supuestos, son los casos que la doctrina alemana denomina de “la reducción a cero de la discrecionalidad”, en los cuales, dadas unas circunstancias concretas, la inicial pluralidad de soluciones igualmente admisibles, se ha reducido a una única solución admisible y conforme a Derecho, lógicamente aplicable por el juez. En estos casos, la discrecionalidad desaparece e inevitablemente el juez deberá aplicar la única solución posible.

¹⁰⁹ BORDALÍ, A. Y HUNTER, I., *Contencioso Administrativo Ambiental*, Editorial Librotecnia Chile, Santiago de Chile, 1º edición, 2017, p. 207. En el mismo sentido, “En lo que se refiere a la SMA, además, la ley le otorga de manera exclusiva la potestad sancionadora dentro de su competencia. Esto significa que institucionalmente el problema se ha zanjado a favor del regulador, lo cual queda claro con la

Se adiciona a lo precedentemente expuesto, que la determinación discrecional de la sanción ambiental es una decisión de política pública, en el contexto que es la Administración y no el juez, la llamada a velar por el bien común y la que detenta la potestad de concretar la finalidad preventiva de la sanción ambiental. Con ello la decisión sobre la distribución de errores a través de la ponderación de los intereses involucrados queda vedado al juez.

Como corolario de lo precedentemente expuesto, se puede válidamente sostener que si la determinación de la sanción ambiental es discrecional, el estándar de prueba que determina su imposición es fruto del ejercicio de dicha discrecionalidad, y como tal, forma parte del contenido discrecional de dicho acto, no pudiendo ser sustituido por los TA por la vía de su control de legalidad. La labor de revisión de los TA se desenvuelve en término negativos.

2.4. El deber de motivar el acto discrecional

Resulta del más elemental sentido común, que en virtud del principio de la interdicción de la arbitrariedad (artículo 19 N° 2 inciso 2° de la CPR) cada vez que la Administración emita un acto administrativo deba justificarlo. Luego, como es común en la práctica, su

imposibilidad de que el TA sustituya ciertas decisiones. En tal circunstancia, como se señaló, el control judicial versará acerca de la fundamentación del acto administrativo y no, en cambio, sobre si la Administración posee o no potestad de actuación.” GUILOFF, M., Y SOTO, P., “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2015, p. 122. Igualmente, se sostiene, “Si existieran varias posibles soluciones conformes con la exigencia de la ponderación, no debe poder el juez sustituir con su decisión en favor de una de ellas la decisión del órgano del ejecutivo. Por último, si la decisión del órgano administrativo (o del Gobierno) respeta las exigencias de la ponderación, aunque pudieran encontrarse otras vías de alcanzar una solución ponderada, tampoco corresponde al juez sustituir, como es lógico, la decisión de aquel.” RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Metodología del Derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 104-105.

control se efectúe en sede de anulabilidad del acto, y con ello el problema se genera no por ausencia de motivación –en tal caso sería derechamente arbitrario- sino más bien, por el tenor de ésta –si el vicio resulta esencial o no por la correcta o no motivación-, en estos casos resulta relevante hablar de razonabilidad de la decisión, exigencia que, como adelanto, no tiene fundamento normativo tan claro.

García de Enterría señala, que motivar un acto es “fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”¹¹⁰; por su parte, Aróstica señala que los motivos “son las circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo”¹¹¹. Sin la exposición de motivos en el acto controlado, resulta imposible evaluar la razonabilidad de la decisión y con ello, resulta esencial que la Administración explicité las razones de hecho y de derecho que fundamentan su decisión, al menos tratándose de actos terminales. Por tal esencialidad, algunos autores, acertadamente, elevan la motivación a la categoría de elemento del acto mismo¹¹².

La exigencia es aún mayor tratándose de actos discrecionales, en los cuales para contrastar su conformidad con el ordenamiento se vuelve indispensable que la Administración explicité el proceso lógico que conduce a su decisión a partir de una realidad fáctica acreditada, es por ello, que la motivación es un elemento de validez del acto, y controlable

¹¹⁰ FERNANDOIS, A., Y BARAONA, J., “La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿constituye un vicio de nulidad?”, en *Revista de Derecho*, Universidad Finis Terrae, año VII, N° 7, 2003, p. 85-86.

¹¹¹ FERNANDOIS, A., Y BARAONA, J., “La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿constituye un vicio de nulidad?”, en *Revista de Derecho*, Universidad Finis Terrae, año VII, N° 7, 2003, p. 85.

¹¹² En este sentido, Corte Suprema, 26.11.2012, Rol N° 7.071-2012, considerando primero, y Tercer Tribunal Ambiental, 27.03.2015, Rol N° R-6-2014, considerando nonagésimo sexto.

en la revisión judicial, al tiempo que se erige como un límite al ejercicio de la discrecionalidad.¹¹³

Pero no basta que la motivación sea somera, sino que debe ser suficiente, es decir, explicar de manera razonable, reflexiva y acabada todos y cada uno de los fundamentos de hecho y derecho que hacen que el acto controlado se baste a sí mismo, y no deje duda de cuál es su objeto y contenido. Finalmente deberá ser congruente, de tal forma que la decisión adoptada sea la consecuencia lógica y racional de los motivos invocados. En este sentido, a propósito de actos sancionatorios que comportan afectación al destinatario, el Tercer Tribunal Ambiental ha señalado:

”el deber de motivación no se agota en la existencia de un fundamento racional de la actuación, sino que, además, se extiende a su expresión en el respectivo acto o resolución, a través de la consignación de los fundamentos de hecho y de derecho que motivan y sostienen la decisión; especialmente, cuando aquellos comportan una afectación de los derechos del destinatario del acto -como exige el citado artículo 11 de la ley N° 19. 880, aplicable al acto sancionatorio de la SMA- de manera que, además, permita comprobar la razonabilidad de la decisión administrativa”¹¹⁴.

De esta manera, se constata que tratándose de actos sancionatorios ambientales, justamente por su carácter discrecional, se exige un alto estándar de motivación.¹¹⁵

¹¹³ Segundo Tribunal Ambiental, 08.06.2016, Rol N° R-51-2014, considerando septuagésimo quinto, señala: “Sin embargo, el Tribunal, en el marco de una reclamación contencioso administrativa, sólo debe controlar la legalidad de dicha actuación, debiendo determinar si ella se encuentra debidamente fundamentada”.

¹¹⁴ Tercer Tribunal Ambiental, 27.03.2015, R-6-2014, considerando nonagésimo cuarto.

¹¹⁵ Respecto al estándar de motivación exigido por los TA transversalmente en materia ambiental, destacan los siguientes pronunciamientos: sentencia en el caso Pascua Lama, en el cual se señala: “no será suficiente referirse en términos genéricos a los fundamentos de lo decidido o enunciar la normativa aplicable sin realizar el debido análisis de cada una de las circunstancias consideradas al momento de

En este sentido, luego de afirmar que la motivación constituye un elemento esencial para hacer posible el control judicial de los actos administrativos, el Segundo Tribunal Ambiental agrega:

“Que, teniendo presente lo señalado, se puede concluir que la resolución impugnada carece de la debida fundamentación para justificar, en términos generales, por qué el programa presentado por Minera La Florida Limitada cumplía con los requisitos para ser aprobado, incurriendo con ello la SMA en un vicio de legalidad. Lo anterior, impide al Tribunal hacer una revisión sobre el contenido de las ilegalidades denunciadas por la reclamante, relacionadas con la aprobación de un programa que no cumpliría con los requisitos mínimos no con los criterios de integridad y eficacia. Constatada la presencia del vicio referido, corresponde a continuación determinar su esencialidad, para lo cual el Tribunal analizará los antecedentes de la resolución impugnada, en particular, el contenido del programa de cumplimiento.”¹¹⁶

Normativamente, la exigencia de motivación del acto administrativo en esta materia, se extrae de los artículos 8°, 11 inciso 2°, 16 y 41° inciso 4° de la ley N° 19.880; de los artículos 40 letra i), 47 inciso final, 48, y 54 de la LOSMA. Dado su consagración normativa, se vuelve corolario del principio de legalidad, bajo la premisa de actuar en “la forma que prescriba la ley”, según el artículo 7° de la CPR.

establecer la sanción específica”. Segundo Tribunal Ambiental, 03.03.2014, Rol N° R-6-2013, considerando trigésimo sexto; En el mismo sentido, sentencias Segundo Tribunal Ambiental, 18.05.2017, Rol N° R-123-2016, considerando noveno y décimo; 31.03.2017, Rol N° R-128-2016, considerando vigésimo cuarto; 02.02.2017, Rol N° R-112-2016, considerando vigésimo primero y vigésimo segundo; 23.12.2016, Rol N° R-97-2016, considerando duodécimo y siguientes; 17.12.2014, Rol N° R-26-2014, considerando trigésimo tercero; y sentencias del Tercer Tribunal Ambiental, 30.05.2014, Rol N° R-2-2014, considerando septuagésimo sexto; 05.02.2016, Rol N° R-15-2015, considerando quincuagésimo octavo; y 12.02.2016, Rol N° R-13-2015, considerando vigésimo segundo.

¹¹⁶ Segundo Tribunal Ambiental, 24.02.2017, Rol N° R-104-2016, considerando trigésimo primero.

La C.G.R. ha reconocido la relevancia del deber de motivar desde hace años en varios dictámenes¹¹⁷, estableciendo la necesidad de enunciar “normas legales y reglamentarias que le sirven de fundamento, consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada (...).”¹¹⁸ Asimismo, ha elevado la motivación a la calificación de requisito esencial de un acto administrativo al establecer que “(...) la falta de motivación, por cuanto dicho requisito esencial, en tanto constituye el fundamento de ese acto administrativo y, por ende, se encuentra íntimamente vinculada a la decisión adoptada, debe concurrir al momento de la dictación del mismo”.¹¹⁹ Así como, ha señalado que el deber de motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio de juridicidad.¹²⁰

¹¹⁷ Como sabemos, constituye jurisprudencia obligatoria para todos los órganos de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización, en virtud de los artículos 6 y 9 del DS N° 2.421/1964, del Ministerio de Hacienda, precitado.

¹¹⁸ CPR, 21.12.1984, N° 33.006.

¹¹⁹ CPR, 28.11.2008, N° 56.391.

¹²⁰ Así lo ha señalado en los siguientes dictámenes; 18.08.2004, N° 42.268; 11.08.2005, N° 37.496; 29.09.2006, N° 46.223; 20.03.2007, N° 12.360, ha señalado que “el principio de juridicidad, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de las autoridades, pues, en tal caso, resultarían arbitrarios y, por ende, ilegítimos”. En términos similares se ha manifestado en Dictámenes; 21.09.2005, N° 44.114; 17.01.2007, N° 2.783; 24.05.2007, N° 23.114; y 31.08.2011, N° 55.132, al sostener que “el principio de juridicidad conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional de los antecedentes que se invocan para justificar la procedencia de la decisión adoptada”. Asimismo, en Dictamen de 15.02.2008, N° 7.453, señaló que “la exigencia de motivar algunos actos administrativos, expresando los hechos y sus fundamentos de derecho, se vincula tanto con los principios de imparcialidad y de probidad como con los de impugnabilidad de los actos administrativos y de transparencia de los procedimientos” y en Dictamen de 13.05.2009, N° 24.887, hizo presente “la necesidad que, en lo sucesivo, tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta.” Igualmente, en Dictámenes de 19.12.2008, N° 60.170; y de 06.10.2009, N° 54.968, entre otros, ha manifestado que “la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se relaciona con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la Administración activa, toda vez que permite cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad -el que lleva implícito el de racionalidad, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-, y de igualdad y no discriminación arbitraria -contenido en el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental-, como asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferir las”.

Respecto a la razonabilidad de la decisión, si bien no posee sustento normativo, y consenso doctrinal y jurisprudencial tan claro como la exigencia de motivación, es posible señalar que emana del principio constitucional de la igualdad ante la ley, y se condice con la forma lógica en la cual se conduce normalmente el pensamiento humano. Si la decisión per se debe ser razonable, entonces se exige igualmente de la motivación de la misma. Tanto razonabilidad y motivación exigen compatibilizar hechos y derecho –elementos de esta última- por lo que su aplicación y control depende del caso concreto. La Contraloría en Dictamen N° 7.988 de 2017 señala a propósito del Dictamen N° 44.066 de 2009, que “el principio de razonabilidad obliga a que los órganos del Estado, en sus procedimientos de contratación, entreguen a los interesados información coherente y no inductiva a error, como exigencia mínima de seriedad de esos procesos”, reiterado en Dictamen N° 17.612 de 2016.¹²¹

Por su parte, la Corte Suprema, parafraseando a Rubén Saavedra señala:

“En lo relativo al principio de razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad indica: “En virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad, debe entenderse que la arbitrariedad entendida como lo contrario a la razón, lo que carece de una fundamentación objetiva, ha quedado proscrita del ordenamiento jurídico” (...) “En virtud del test de racionalidad el tribunal deberá verificar: a) si

¹²¹ En idéntico sentido, en Dictamen N° 64.670 de 2014, al señalar “atendidos los criterios de proporcionalidad y razonabilidad con que debe actuar la Administración”, y en Dictamen N° 59.292 de 2012, “en lo referente a la falta de proporcionalidad y razonabilidad de la medida impuesta en relación con las faltas imputadas, conviene tener presente, en primer término, que según lo manifestado en los dictámenes Nos 22.747 y 48.369, ambos de 2012, de este origen, la ponderación de los hechos y la determinación de la gravedad y grado de responsabilidad que en ellos cabe a los imputados, son materias cuyo conocimiento corresponde privativamente a los órganos de la Administración activa”. En materia de responsabilidad disciplinaria se ha exigido que “el proceder de todos los empleados sea evaluado utilizando el mismo parámetro para determinar la gravedad de sus actuaciones y la sanción que corresponde imponer, conforme al principio de razonabilidad, contemplado en el artículo 53 de la ley N° 18.575”. Dictamen N° 81.257 de 2011 reiterado en Dictamen N° 5.725 de 2012.

la realidad de los hechos ha sido respetada por la Administración. La Administración no puede crear los hechos; b) Si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido en el procedimiento de formación de la decisión un factor que no lo sea (...) c) si se ha tenido en cuenta por la Administración el mayor valor que puede otorgar el ordenamiento a uno de estos factores, y d) si, en caso de tener todos los factores de obligada consideración el mismo valor jurídico, la Administración ha razonado o no la adopción de una solución o si el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o, en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos” (...) “...la decisión adoptada por la Administración, aún debe ser confrontada con un segundo test, en este caso de razonabilidad. Mediante éste, el juez analizará si la decisión administrativa, a) adolece de incoherencia “por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin” y b) si la decisión resulta claramente desproporcionada”¹²² (las cremillas son originales).

Del análisis precedente, se puede sostener que la exigencia de razonabilidad persigue, por una parte, impedir decisiones ilegales y arbitrarias y, por otra, preservar el fin y correcta aplicación de una norma. En definitiva, la exigencia de motivación y su integración con la razonabilidad propicia decisiones administrativas razonables, pese a elevar de sobremanera el estándar de control de su legalidad.

En particular, en el caso Bocamina I de 2012, la Corte Suprema invoca la falta de motivación o razonamiento del acto trámite como habilitación para decidir, señalando:

¹²² Corte Suprema, 24.12.2013, Rol N° 10.119-2013, considerando décimo.

“Que si bien el acto recurrido constituye una decisión administrativa adoptada dentro del ámbito de la competencia del órgano respectivo, la declaración de suficiencia sin embargo envuelve una decisión carente de razonabilidad y por tanto arbitraria, pues no se entiende cómo una Declaración de Impacto Ambiental permita evaluar una cuestión técnica compleja, que dice relación con la modificación de un proyecto de generación de energía eléctrica cuya evaluación primitiva requirió precisamente de un Estudio. Desde el momento que el acto cuestionado no contiene fundamentos ni motivos que den cuenta de las razones consideradas por la autoridad para adoptar tal decisión, lo así resuelto deviene en arbitrario, pues aparece como una actuación desprovista de sustento, más producto de la pura voluntad de su autor que de fundamentos que la expliquen y legitimen, pues un proyecto que fue aprobado por Estudio de impacto ambiental y que ahora pretende modificaciones de la importancia y entidad que ya han sido referidos no puede ser sometido a una mera Declaración.”¹²³

Más allá de la relevancia precitada, en este caso, se observa otro aspecto sustancial que dice relación con la sustitución del acto, toda vez que al revocar la sentencia recurrida, la Corte obliga al titular a que ingrese un Estudio de Impacto Ambiental al organismo respectivo, cuestión que como sabemos es de competencia privativa el órgano administrativo, en lo que respecta a la pertinencia y la modalidad del ingreso del proyecto al SEIA.

Contrariamente el mismo año, en sentencia de reemplazo la Corte Suprema aplica la deferencia, en el caso Central Termoeléctrica Pirquenes¹²⁴, pues entendió que no podía adoptar una decisión que estaba situada en las competencias administrativas del SEA, por

¹²³ Corte Suprema, 15.06.2012, Rol N° 3.141-2012, considerando séptimo.

¹²⁴ Corte Suprema, 26.11.2012, Rol N° 7.071-2012, considerando quinto.

lo que ordenó que el órgano administrativo se pronunciara nuevamente sobre la calificación ambiental del proyecto. Señalando, a propósito de la exigencia de motivación, lo siguiente:

“Que el haber adoptado la comisión recurrida un acuerdo respaldado en votos que no fueron debidamente fundados y razonados deviene en que la decisión tomada igualmente carezca de la debida motivación, vicio que es transmitido a la Resolución Exenta N° 25 de 23 de enero de 2012, la que califica favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Central Los Pirquenes”, pues ésta no es más que la materialización de la decisión ya tomada, sin perjuicio de que es dable observar que en ella tampoco se hace alusión al informe adicional evacuado por el Servicio de Evaluación Ambiental, ni siquiera se le nombra entre los antecedentes evaluados, ni se explicitan las razones por las que ello ha ocurrido. Lo así resuelto resulta arbitrario, pues aparece como una actuación desprovista de sustento, más producto de la pura voluntad de su autor que de fundamentos que la expliquen y legitimen, y vulnera –tal como se expone en el considerando trigésimo quinto de la sentencia en alzada- la garantía establecida en el número 8 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.”¹²⁵

Un aspecto sustancial de la exigencia de motivación, se vincula a la finalidad de las decisiones administrativas, cual es la satisfacción de intereses generales, y con ello, el imperativo de tener un sustento justificado en la realidad que regulan. Un acto administrativo que no tenga fundamento fáctico, además de arbitrario e ilegal, no consuma la finalidad que persigue. La explicitación de los motivos y su control permite racionalizar el ejercicio del poder administrativo, y con ello el incremento de decisiones legítimas y acertadas. Un acto administrativo suficientemente motivado, en los términos

¹²⁵ Corte Suprema, 26.11.2012, Rol N° 7.071-2012, considerando quinto.

señalados, posibilita de sobremanera el ejercicio del derecho de acción toda vez que el recurrente conoce de antemano los hechos y consecuencias jurídicas que se le imputan, junto con facilitar, a su vez, el control judicial del mismo.

3. LA ELECCIÓN DEL ESTANDAR PROBATORIO EN EL MARCO DE LA FLEXIBILIDAD

La postura del estándar probatorio flexible, como hipótesis del presente trabajo, sostiene que es la SMA quien casuísticamente ponderando los intereses involucrados y el material probatorio disponible, debe determinar discrecionalmente la suficiencia probatoria exigida para el caso concreto. Será flexible, porque podrá variar o no en atención a las particularidades del caso.

Dicha afirmación se fundamenta en dos aseveraciones importantes: el órgano administrativo posee amplia discrecionalidad en términos exclusivos para adoptar la decisión sancionatoria, principalmente en el momento de la decisión y, por otro lado, la determinación de la sanción ambiental constituye una decisión de política pública asociada a los objetivos que persigue la regulación ambiental, lo que justifica necesariamente que quien aplique el estándar sea la Administración.

No se pretende desconocer las bondades de la estandarización legislativa de un estándar objetivo en esta materia, que otorgue seguridad jurídica, en la medida que el nivel de suficiencia probatoria exigido siempre sea el mismo. Sin embargo, las particularidades del objeto de estudio flexibilizan dicha estandarización, en la medida que no es una decisión que pueda tomarse ex ante sino que cae en el terreno de la discrecionalidad.

No obstante, si bien se propugna la flexibilidad en la elección del estándar, en el presente apartado se establecen dos límites; el primero de ellos es la exigencia de motivación de la elección, y el segundo, la formulación de supuestos que condicionen la procedencia de uno u otro estándar.

3.1. La motivación de la elección en el acto sancionatorio

Si bien se propugna flexibilidad en la elección, siempre la SMA deberá motivar, debiendo justificar de manera suficiente y en todos los casos, el nivel de suficiencia probatoria requerida para dar por probada la hipótesis sancionatoria o absolutoria. Como se analizó, es requisito indispensable, por mandado legal, que la Administración explice el proceso lógico que conduce a su decisión a partir de una realidad fáctica acreditada, siendo la motivación un elemento de validez del acto, controlable en la revisión judicial, al tiempo que se erige como un límite al ejercicio de la discrecionalidad. Los estándares probatorios son parte de dicho proceso lógico que conduce a la decisión, y como tales, forman parte de su contenido.

En este punto, considero que la motivación será suficiente si se logra exteriorizar el tipo de estándar aplicable y los supuestos que lo condicionan, en relación a la prueba disponible y su peso probatorio. Sin embargo, ello no opera igualmente en la práctica, dado que si bien son instituciones relativamente “nuevas”, las resoluciones de la SMA que imponen sanciones, y las sentencias definitivas de los TA, no se pronuncian al respecto. No obstante aquello, fue posible encontrar pronunciamiento de este último, con exiguo desarrollo en este punto.¹²⁶

¹²⁶ Recientemente, el Tercer Tribunal Ambiental se ha pronunciado en sede del procedimiento de evaluación ambiental, en el caso sobre el proyecto Parque Eólico Chiloé, y sobre el punto ha señalado: “Que, como ha discutido la doctrina (Orellana, 2015; Isensee, 2016), el estándar de más allá de toda duda razonable está limitado al derecho penal, donde la regla explícita sobre la materia indica que existe un alto

Pareciera que en la práctica la relevancia de su explicitación queda soslayada y obviada, confundiendo quizás con la fundamentación de la etapa valorativa previa, entre otras razones que puedan resultar igualmente comprensibles. Sumado al escaso o derechamente nulo desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre estándares probatorios en las sanciones ambientales que le sirva de sustento argumentativo.

3.2. Supuestos de suficiencia probatoria

Como se señalaba, siguiendo a Marina Gascón, la construcción de un estándar probatorio implica definir dos cosas: qué grado de probabilidad se requiere para estimar como verdadera una hipótesis, es decir, cuál es el umbral de suficiencia requerido y, a su vez, supone formular criterios objetivos para determinar cuándo se alcanza ese grado de probabilidad exigido. La determinación discrecional de ambos aspectos corresponde a la Administración, bajo la hipótesis del estándar probatorio flexible. En este apartado abordaremos el segundo aspecto, como un límite a dicha flexibilidad, en la medida que

rechazo al falso positivo, es decir, a condenar a un inocente, por tanto, el estándar de prueba exige un nivel de confianza altísimo; pero en materia administrativa, ese estándar está descartado, y se aplicará uno que comenzará en la preponderancia de la prueba (estándar normal), y puede llegar a ser el de prueba clara y convincente (estándar intermedio), es decir, que se necesite superar un valor de confianza intermedio entre preponderancia de la prueba (estándar normal) y más allá de toda duda razonable (estándar exigente).” Agrega, “(...) no es correcto afirmar que un reclamante debe necesariamente aportar prueba en contrario para que en la etapa recursiva administrativa o judicial pueda el revisor llegar a una determinación distinta a la que se llegó en el acto administrativo impugnado. Puede bastar apenas con explicar cómo estima que con la prueba existente en el expediente no se ha podido llegar a la determinación fáctica, por haberse incumplido con las reglas de la sana crítica y por tanto con una nueva determinación de la hipótesis de los hechos no se ha podido superar el estándar de prueba. O simplemente puede atacar el estándar. Por tanto, el Tribunal examinará la evidencia aportada en el expediente y establecerá en qué grado comparte la determinación fáctica de la Administración, reconociendo que ésta goza de una razonable discrecionalidad al respecto”. Y concluye afirmando, “Valorada así la evidencia, de acuerdo a la sana crítica, el Tribunal concluye que tiene un altísimo grado de confianza sobre la hipótesis fáctica defendida por el SEA, que supera tanto el estándar normal como intermedio de valoración de la prueba, y por tanto es correcta, y en consecuencia ese motivo del acto administrativo y su motivación, así como la aplicación subsecuente de la norma jurídica, son apegados a derecho.” Tercer Tribunal Ambiental, 21.09.2017, Rol N° R-47-2017, considerando decimosexto, decimoséptimo y trigésimo, respectivamente.

se postula su formulación objetiva, lo que redundaría de sobremanera en la disminución de decisiones judiciales y administrativas erróneas, y con ello, otorga seguridad jurídica.

Para abordar el análisis, se incorpora la siguiente tabla explicativa¹²⁷:

Posibilidad	Frecuencia	Creencia (subjctiva)	Fuerza de respaldo (objetiva)
1,0	100 por 100	Yo sé	Más allá de toda duda
0,9	90 por 100	Me consta	Abrumadora
0,8	80 por 100	Estoy seguro	Convincente
0,7	70 por 100	Confío	Fuerte
0,6	60 por 100	Yo pienso	Más probable que no
0,5	50 por 100	Me pregunto si	Igualmente equilibrado
0,4	40 por 100	Sospecho	No muy probable
0,3	30 por 100	Supongo	Improbable
0,2	20 por 100	Dudo que	Débil
0,1	10 por 100	Dudo mucho que	Mínimo
0,0	0	No creo	Cero

Sabemos que en Chile, resultan aplicables tres tipos de estándares provenientes del sistema anglosajón. Uno de ellos, es el estándar de la probabilidad preponderante, ampliamente utilizado en materia civil, el cual permite elegir de entre todas las hipótesis concurrentes, aquella que posea un grado de probabilidad superior al 50% frente a las demás.

En este punto resulta indispensable reiterar que el grado de probabilidad de una hipótesis aumenta o disminuye, según los siguientes factores: a) la fiabilidad de las reglas o máximas de la experiencia manejadas, b) la fiabilidad de las informaciones o pruebas utilizadas, c) la cantidad y variedad de informaciones, d) el número de pasos inferenciales que separan

¹²⁷ ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W., *Análisis de la prueba: proceso y derecho*. Traducción coordinada por Carbonell, F., y Agüero, C., Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 284.

la hipótesis de las pruebas, y e) el número de hipótesis alternativas posibles y su grado de probabilidad.

El sancionatorio ambiental posee un alto grado de tecnicismo principalmente ligado a la existencia de prueba pericial y antecedentes científicos allegados al expediente administrativo. En términos de fiabilidad se debe distinguir entre aquella fiabilidad del saber o fiabilidad abstracta y aquella fiabilidad de las conclusiones o resultados de ese saber, y que se denomina fiabilidad concreta. La primera está dada por la utilización del método científico, lo que por ende permite catalogar su resultado como “científico” y al saber como “ciencia”. La fiabilidad concreta, por su parte, dice relación con el grado de fiabilidad que posea la conclusión misma producto de la aplicación del método científico, la que variará dependiendo del tipo de conocimiento científico de que se trate. Ésta última condiciona el valor probatorio que el regulador le otorgue a una prueba científica determinada, en éste sentido el grado de fiabilidad concreta se encuentra en una relación directamente proporcional con el valor probatorio asignado en la etapa valorativa¹²⁸.

Marina Gascón respecto a la fiabilidad indica: “la validez de una prueba científica (y por consiguiente su fiabilidad) no es algo que haya que dar por de contado, sino que depende de la validez científica del método usado, de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se haya seguido rigurosos controles de calidad”¹²⁹, se refiere entonces a un control de calidad, de verificación de requisitos, así como de idoneidad o no del experto que rinde la misma, en tanto la experiencia, rigurosidad, y buen hacer del científico lo exigen, lo que garantiza en definitiva el éxito y fiabilidad de la prueba misma. La fiabilidad

¹²⁸ ROSS, R., *La valoración de la prueba científica en el proceso penal*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, p. 15.

¹²⁹ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 242.

científica de una prueba no coincide automáticamente con el grado de confirmación del enunciado fáctico al que se refiere la prueba. Por consiguiente una verdadera prueba científica garantiza un alto grado de fiabilidad de la información que produce, pero no por eso atribuye un grado determinado de confirmación, o un grado de confirmación particularmente elevado, al enunciado que es objeto de la prueba. Es decir, el carácter científico de la prueba demuestra con tendencial (probabilidad) certeza la veracidad de su resultado.¹³⁰

Como sabemos, en Chile no existen instrumentos que permitan al juzgador valorar adecuadamente prueba científica, sin embargo, en la jurisprudencia comparada, particularmente tres fallos de la última parte del siglo XX que revolucionaron la forma de entender el testimonio experto y su admisibilidad en juicio, Daubert 1993, Joiner 1997 y Kumho Tire Co. Ltd 1999, todos dictámenes de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, permitieron asentar las bases para ello. En concreto, el caso Caso Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. (1993), estableció criterios de fiabilidad más conocidos como “factores Daubert”, para indicar las condiciones que deben verificarse para que la prueba pueda considerarse como científicamente válida, ellos son los siguientes: 1) Falsabilidad de la teoría o posibilidad de que ésta sea testada; 2) Debe tratarse de una hipótesis que haya sido sometida a la revisión de los pares y publicada; 3) El conocimiento de la probabilidad efectiva o potencial de error y de la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría; 4) Criterio del consenso general de la comunidad científica¹³¹.

¹³⁰ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 245.

¹³¹ Para un análisis extenso, VER ROSS, R., *La valoración de la prueba científica en el proceso penal*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, p. 22 y sgtes.

El nivel de fiabilidad de una prueba, se encuentra directamente relacionada con su peso probatorio. Luego, si todas las pruebas que sustentan determinada hipótesis poseen una elevada fiabilidad, mayor será la confirmación de dicha hipótesis, en términos agregados, y con ello, mayor la probabilidad de ser verdadera. El escenario resultante de la etapa valorativa, son varias hipótesis con distintos niveles de corroboración.

Sin embargo, se requiere de supuestos adicionales indicativos de cuándo la hipótesis deberá considerarse verdadera. En otras palabras, supuestos que conforman el umbral de suficiencia probatoria. En este contexto, las premisas principales de procedencia de la probabilidad prevaleciente, son las siguientes: En primer lugar, el aplicador deberá ordenar el resultado probatorio en función de todas las posibles hipótesis concurrentes explicativas de los mismos hechos. Luego, deberá otorgarle grados de probabilidad o confirmación, es función del peso probatorio aportado por la valoración de la prueba. Posteriormente, deberá elegir la hipótesis que se encuentre más corroborada, es decir, la que tenga mayor sustento probatorio, para finalmente aplicar la siguiente fórmula:

- 1) Al analizarse diversas hipótesis de hecho, se deben considerar como verdaderas aquellas que posean un grado de confirmación relativamente o simplemente mayor a las demás. 2) El grado de confirmación actúa en función a “lo más probable que no”; es decir, se elige a aquella hipótesis que es más probable que sea verdadera a que sea falsa¹³², y siempre más probable que la hipótesis contraria.

Para su entendimiento, debemos hacer alusión a dos reglas específicas: 1) Al examinar las hipótesis de hecho concurrentes, se deben considerar como verdaderas aquellas que posean un grado de confirmación relativamente mayor a los demás. 2) El grado de

¹³² FERRER, J., “La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en Accatino, D., (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 2010, p. 3-19.

confirmación actúa en función a “lo más probable que no”; es decir, se elige en función a aquella hipótesis que es más probable que sea verdadera a que sea falsa.

Taruffo ha establecido el criterio de “grado mínimo de confirmación probatoria” requerido para considerar verdadera una hipótesis, definiéndolo como: la racionalidad de tener por verdadero un hecho porque la hipótesis que la sustenta posee un grado de confirmación positivamente prevalente; no sólo sobre la hipótesis simétrica contraria, sino también sobre todas las otras hipótesis que hayan recibido un grado de confirmación superior al 50%.¹³³ Se deberá, en consecuencia, elegir la hipótesis más explicativa de los hechos, pudiendo en cualquier caso, recurrir a la reglas de la carga de la prueba, para excluir, por ejemplo, la menos confirmada.

El estándar de la probabilidad preponderante es el que mayor racionalidad aporta en términos epistémicos, minimizando los riesgos de error. Un umbral igual o inferior al 50% de confirmación probatoria para adoptar la decisión, se considera contraepistémico, dado que es más probable que sea falsa la hipótesis que la sustenta. Sin embargo, el estándar inferior al 50% es normalmente utilizado para decretar medidas cautelares, o bien, en esta materia, medidas provisionales en los términos del artículo 48 de la LOSMA, respecto de las cuales se predica su urgencia, son transitorias y el material probatorio es escaso.

Por su parte, el estándar de la evidencia clara y convincente en su aplicación, se deberá ordenar el resultado probatorio en función de todas las posibles hipótesis concurrentes explicativas de los mismos hechos. Luego, se deberá otorgar grados de probabilidad en función del peso probatorio aportado por las pruebas. Posteriormente, se deberá elegir

¹³³ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 452.

la hipótesis que se encuentre más corroborada, para finalmente aplicar la siguiente fórmula:

1) Al analizarse diversas hipótesis de hecho, se deben considerar como verdaderas aquellas que posean un grado de confirmación equivalente a un fuerte convencimiento en relación a los demás. 2) El grado de confirmación actúa en función de “mucho más probable que haya ocurrido a que no”, es decir, se elige en función a aquella hipótesis que aun cuando sea más probable que sea verdadera a que sea falsa, su confirmación es superior a “más probable que no”. Por ello que es más exigente que la probabilidad preponderante, en torno al 75 por 100 de confirmación, e inferior al estándar penal que se pasa a analizar.

Finalmente, en la aplicación del estándar de la certidumbre más allá de toda duda razonable, igualmente en primer lugar, se deberá ordenar el resultado probatorio en función de todas las posibles hipótesis concurrentes explicativas de los mismos hechos. Luego, se deberá otorgar grados de probabilidad, es función del peso probatorio aportado por las pruebas. Posteriormente, se deberá elegir la hipótesis que se encuentre más corroborada, para finalmente aplicar la siguiente fórmula:

1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.¹³⁴

¹³⁴ FERRER, J., *La valoración racional de la prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 147.

Como sabemos, es un estándar de sobremanera exigente, estimándose por los autores en torno al 90 o 95 por 100 de probabilidad o confirmación que el hecho efectivamente ocurrió, ante la menor duda razonable el juzgador deberá absolver. Entonces, para que la duda pueda considerarse “razonable” la hipótesis de la inocencia debe superar el 5% o 10% de probabilidad o confirmación. Por las razones expuestas en el primer capítulo del presente trabajo, se sostiene excluir su aplicación en la determinación de sanciones ambientales. A ello se suma, la consideración de ser vago e impreciso, principalmente por la indeterminación del concepto “duda razonable”, y disfuncional en términos epistémicos en atención a la alta cantidad de eventuales errores que supone su aplicación.

Finalmente, se reitera el gran problema práctico que supone la aplicación de los mismos; esto es, no existe mecanismo que permita medir en términos porcentuales y matemáticos el grado de confirmación de las hipótesis, sino más bien se habla en el presente trabajo de una probabilidad inductiva.

Ahora bien, si contrastamos el análisis precedente con la regulación del sancionatorio ambiental, el artículo 40 de la LOSMA al enumerar las circunstancias que deberán considerarse para la determinación de la sanción específica, otorga parámetros claros que permiten estandarizar supuestos de suficiencia, y cuya letra i) permite la incorporación de cualquier otro criterio. A ello se suma, la interpretación efectuada por la SMA a dicha normativa contenida en la Resolución Exenta N° 1002 de 29 de octubre de 2015 que aprueba las Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, cuyo tenor aporta luces claras al respecto.

Ahora bien, si la estandarización de supuestos de suficiencia para la imposición de la sanción ambiental resulta procedente en el marco de la discrecionalidad que posee la SMA a este respecto, su formulación deberá realizarse en términos lo más objetivos

posibles, en cuanto a su precisión y claridad, y estandarizados ex ante, deseablemente en la forma de una autorregulación.

Respecto a la flexibilidad en la elección del estándar se propone su diferenciación en función de la gravedad de la infracción, por ejemplo; la imposición de sanciones asignadas a las infracciones gravísimas en los términos del artículo 39 de la LOSMA, como son; la revocación de la RCA, clausura y multa de hasta diez mil UTA, sean precedidas de un estándar un poco más elevado, superior al de la probabilidad prevaleciente, intermedio, o igual a la evidencia clara y convincente, con límite en este último. Respecto a las sanciones asignadas a infracciones graves o leves, como ocurre en la mayoría de los casos, el estándar de la probabilidad prevaleciente debiese aplicarse, por las consideraciones expuestas en el presente trabajo. No obstante, la SMA en atención a las particularidades del caso podrá aplicar fundadamente uno distinto, en atención a los supuestos de suficiencia preestablecidos.

CONCLUSIÓN

A lo largo de éste trabajo, se analizó el funcionamiento, presupuestos, tipos y la relevancia de los estándares de prueba en la decisión sobre los hechos, su vinculación con la imposición de las sanciones ambientales, la determinación de la sanción en su aspecto normado y discrecional, y su revisión judicial, mediante el análisis de los elementos que componen dicho control, la intensidad del mismo, y el deber general de motivación. Ello, mediante un estudio exhaustivo de jurisprudencia, doctrina y normativa atingente, que permitió ahondar acabadamente sobre el estado del arte de la problemática abordada. Al finalizar esta investigación es posible sostener fundadamente las siguientes conclusiones:

1. La eficacia de las sanciones ambientales en el marco de su finalidad, queda condicionada por la aplicación de los estándares de prueba y las reglas sobre distribución de la carga probatoria.
2. Al ser una herramienta de distribución de errores en función de los bienes jurídicos que se protegen en el contexto en que se aplican, se vuelve disfuncional epistemológicamente porque genera riesgos altos de error. Racionalmente la distribución equitativa de errores se justifica de mejor modo, en los términos del estándar de la probabilidad preponderante.
3. La aplicación del estándar penal para la imposición de sanciones ambientales, resulta desproporcionado.
4. La SMA posee amplio margen de discrecionalidad en la determinación de la sanción, lo cual le entrega flexibilidad para el desarrollo de su función pública, en el contexto de la protección de los intereses que convergen.

5. Respecto a la incidencia de los TA en el control del acto sancionatorio, se concluye que estos ejercen un control únicamente de legalidad del acto, y su contenido discrecional no puede ser sustituido con motivo de su revisión. En el contexto de dicho examen de legalidad, se propone un esquema de elementos controlables del acto discrecional.
6. Los estándares al condicionar la decisión, conforman dicho contenido discrecional, y como tales, no pueden ser sustituidos por los TA, ellos deberán ser explicitados en el acto sancionatorio, junto con los supuestos de suficiencia que los preceden, al tiempo que se exige su motivación. La formulación de dichos supuestos deberá efectuarse en forma objetiva, y estandarizados ex ante.
7. Por último, se propone una indiferenciación de estándares en función de la gravedad de la infracción, en los términos del artículo 39 de la LOSMA, y la formulación de supuestos en virtud de la enumeración contemplada en su artículo 40.

BIBLIOGRAFÍA EXTENDIDA

Autores

ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W., *Análisis de la prueba: proceso y derecho*. Traducción coordinada por Carbonell, F., y Agüero, C., Editorial Marcial Pons, Madrid, 2015.

ARAYA, M. P., *Los hechos en el recurso de nulidad en materia penal*, Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2011.

AYLWIN, P., *Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, Tomo II, 1960.

BERMÚDEZ, J., “Fundamentos y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, no. 40, agosto 2013.

BERMÚDEZ, J., “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en Arancibia, J., y Alarcón, P. (coord.), *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 2014.

BERMÚDEZ, J., *Derecho Administrativo General*. Editorial Thompson Reuters, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2014.

BERMÚDEZ, J., “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVII, 1996.

BOCKSANG, G., “La carga de la prueba de la nulidad de un acto administrativo”, en Arancibia, M., Martínez, J. Romero, A., (coord.), *Litigación Pública*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2011.

BORDALÍ, A. Y HUNTER, I., *Contencioso Administrativo Ambiental*, Editorial Librotecnia Chile, Santiago de Chile, 1° edición, 2017.

BORDALÍ, A., Y FERRADA, J. C., *Estudios de Justicia Administrativa*, Editorial LexisNexis, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2008.

CASSAGNE, J. C. *La discrecionalidad administrativa*. Disponible en: [file:///C:/Users/rross/Downloads/18518-73388-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rross/Downloads/18518-73388-1-PB%20(1).pdf) (fecha de visita 16 de noviembre de 2017).

CORDERO, L., *El control de la Administración del Estado*, Editorial Legal Publishing Chile, 2º edición, 2009.

FERMANDOIS, A., Y BARAONA, J., “La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿constituye un vicio de nulidad?”, en *Revista de Derecho*, Universidad Finis Terrae, año VII, N° 7, 2003.

FERRER, J., “La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana”, en Accatino, D., (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 2010.

FERRER, J., *La valoración racional de la prueba*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

GASCÓN, M., *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 28, Editorial Doxa, 2005. Disponible en: <http://cervantesvirtual.com/portal/doxa> (fecha de visita 17 de octubre de 2017)

GUILOFF, M., Y SOTO, P., “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2015.

HUNTER, I., “La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: Notas a propósito de la ley de Tribunales Ambientales”, en *Revista chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 42, N° 2, agosto 2015.

HUNTER, I., “La prueba en el procedimiento ante los Tribunales Ambientales”, en Ferrada, J. C., Bermúdez, G., y Pinilla, F., (coord.), *La nueva justicia ambiental*, Editorial Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, 1º edición, 2015.

ISENSSE, C., “Debido Proceso y su recepción en la Ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, vol. 84, 1º sem., 2016.

MEDINA, L., “Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, Universidad Complutense, no. 177, abril-junio 2016.

Mensaje N° 1419-357, de S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA con el que inicia proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, de fecha 28.10.2009, en Historia de la ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales. Disponible en: <file:///C:/Users/rross/Downloads/HL20600.pdf> (fecha de visita 26 de noviembre de 2017)

PAREJO, L., “Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa”. *Revista General de Derecho Administrativo*, España, vol. 36, 2014.

PAREJO, L., *Derecho Administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003.

PAREJO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Editorial Tecnos S.A., 1993.

PIERRY, P., “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, 1984.

POLITOFF, S., MATUS, J. P., RAMÍREZ, M. C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2° edición, 2009.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Metodología del Derecho Administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016.

ROSS, R., *La valoración de la prueba científica en el proceso penal*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Disponible en: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2014/fjr623v/doc/fjr623v.pdf> (fecha de visita 12 de marzo de 2017)

SAAVEDRA, R., *Discrecionalidad administrativa*. Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 1° edición, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1994.

SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, Editorial S. L. Civitas Ediciones, Madrid, 2º edición, 2001.

SOTO, P., “Sanciones administrativas como medida de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 22, N° 2, 2016.

SOTO KLOSS, E., *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, Editorial AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile, 2009.

TARUFFO, M., *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

VÁSQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional: Rol N° 792-07 de 03.01.2008, Rol N° 1.229 de 08.01.2009, Rol N° 1.413 de 16.11.2010, y Rol N° 1.518 de 21.10.2010.

Corte Suprema: Rol N° 5.328-2016 de 20.09.2016, Rol N° 18.341-2017 de 27.12.2017, Rol N° 38.340-2016 de 03.08.2017, Rol N° 7.071-2012, de 26.11.2012, Rol N° 25.931-2014 de 04.07.2015, Rol N° 10.119-2013 de 24.12.2013, Rol N° 3.141-2012 de 15.06.2012 y Rol N° 7.071-2012 de 26.11.2012.

Tercer Tribunal Ambiental: Rol N° R-2-2014 de 30.05.2014, Rol N° R-13-2015 de 12.02.2016, Rol N° R-6-2014 de 27.03.2015, R 23-2015 de 26.05.2016, Rol N° R-2-2014 de 30.05.2014, Rol N° R-15-2015 de 05.02.2016, Rol N° R-13-2015 de 12.02.2016 y Rol N° R-47-2017 de 21.09.2017.

Segundo Tribunal Ambiental: Rol N° R-51-2014 de 08.06.2016, Rol N° R-6-2013 de 03.03.2014, Rol N° R-123-2016 de 18.05.2017, Rol N° R-128-2016 de 31.03.2017, Rol N° R-112-2016 de 02.02.2017, Rol N° R-97-2016 de 23.12.2016, Rol N° R-26-2014 de 17.12.2014, Rol N° R-104-2016 de 24.02.2017, Rol N° R 23-2013 de 12.09.2014, Rol N° R-14-2014 de 23.04.2014, Rol N° R-26-2014 de 17.12.2014, y Rol N° R-39-2014 de 15.10.2015.

Contraloría General de la República: Dictámenes N° 50.013 bis de 2000, N° 28.226 de 2007, N° 25.248, de 2012, N° 33.006 de 21.12.1984, N° 56.391 de 28.11.2008, N° 42.268 de 18.08.2004, N° 37.496 de 11.08.2005; N° 46.223 de 29.09.2006, N° 12.360 de 20.03.2007, N° 44.114 de 21.09.2005; N° 2.783 de 17.01.2007; N° 23.114 de 24.05.2007; N° 55.132 de 31.08.2011; N° 7.453 de 15.02.2008; N° 24.887 de 13.05.2009; N° 60.170 de 19.12.2008; N° 54.968 de 06.10.2009; N° 64.670 de 2014; N° 81.257 de 2011 y N° 5.725 de 2012.

Derecho positivo

Constitución Política de la República
Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Código Penal

Código Procesal Penal

Ley N° 19.300, de 1994 sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley N° 18.575, de 1986, ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley N° 19.880, de 2003, que establece Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Ley N° 20.417, de 2010, en referencia a su artículo segundo, que crea la Superintendencia del Medio Ambiente y estableció su ley orgánica.

Ley N° 20.600, de 2012 que crea los Tribunales Ambientales.

DS N° 2421, 2014, del Ministerio de Hacienda, que fija texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Ley española N° 29/1998, de 13 de julio, que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.