

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**LA DEFERENCIA EN EL CONTROL JUDICIAL REALIZADO POR LOS
TRIBUNALES AMBIENTALES A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LA
SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE**

JAVIERA BELÉN ZÚÑIGA GONZÁLEZ

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

PROFESOR PATROCINANTE: FELIPE PAREDES PAREDES

VALDIVIA - CHILE

2016

Valdivia, 08 de marzo de 2017

Estimado Director del Instituto de Derecho Público

Dr. José Ángel Fernández Cruz

Cumplo con informar la tesis de la estudiante, Sra. Javiera Zúñiga González, titulada "La deferencia en el control judicial realizado por los tribunales ambientales a la discrecionalidad técnica de la Superintendencia de Medio Ambiente". El cuerpo trabajo consta de tres capítulos. El primero trata de la evolución histórica de la justicia ambiental en Chile, la que culmina con la creación de los Tribunales Ambientales, pero que además, presenta como antecedente previo el fortalecimiento de la institucionalidad sancionatoria. En el segundo se estudian las relaciones existentes entre control y discrecionalidad y la incidencia en estas de la creación de los Tribunales Ambientales. En el tercero se realiza un análisis crítico de la jurisprudencia de los tribunales ambientales, conociendo de recursos de reclamación en contra de la Superintendencia de Medio Ambiente en ejercicio de su potestad sancionatoria.

En relación a los aspectos formales, se da pleno cumplimiento a las instrucciones impartidas por el Instituto respectivo. Por otra parte la redacción es clara y amena, pues a pesar de tratarse de un tema complejo, el trabajo es de fácil lectura, pero sin sacrificar la pulcritud en el uso del lenguaje técnico propio del Derecho administrativo.

El estudio en comento se caracteriza por su rigurosidad y completitud. En su elaboración la tesista manifestó un compromiso constante y una sistematicidad francamente excepcional. Destaca el hecho de que el tema adolece de un escaso tratamiento en la doctrina nacional, lo que no ha sido óbice para la correcta realización del trabajo. Por el contrario, ello se convirtió un incentivo para que la Sra. Zúñiga asumiera el desafío de estudiar en profundidad la doctrina comparada.

El capítulo primero revisa la historia de la justicia ambiental en Chile. Son hitos fundamentales en este proceso en los últimos años el fortalecimiento de la institucionalidad fiscalizadora, en virtud de la Ley N° 20.417, que establece la Superintendencia de Medio Ambiente, y la creación de Tribunales Ambientales por la ley N° 20.600. No obstante este primer capítulo presenta un enfoque más descriptivo, sienta las bases para entender la relevancia de los dos capítulos posteriores.

El capítulo segundo analiza los contornos del concepto de discreción, su importancia dentro del Derecho administrativo y su relación con el control en el marco del Estado de Derecho. Sobre todo teniendo en cuenta que la regulación ambiental se trata de una materia altamente tecnicada, y que la Superintendencia presenta una configuración en los mismos términos, surge la pregunta de qué tan estricta puede ser la revisión judicial respecto de las sanciones impuestas por la Administración. Desde esta perspectiva, la memorista pone de relieve que justamente la creación de los Tribunales Ambientales, tuvo lugar para tener mejores herramientas de control que las que existían en manos de los tribunales ordinarios. En parte por ello se explica en la misma integración

del tribunal, que contempla un magistrado con conocimientos del ámbito de las ciencias. La pregunta pertinente, entonces, es si es esto suficiente para que el tribunal Ambiental sustituya completamente la decisión de la Superintendencia, o no obstante lo anterior, esta última siga gozando de un margen de discreción, que se debe manifestar en cierta deferencia por parte del revisor en favor de la administración. Esta última es justamente la opinión de la memorista

El capítulo tercero muestra las dificultades de la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales para delimitar sus potestades de control. En cierto modo, ello pone de manifiesto el hecho de que los Tribunales Ambientales se han sentido incómodos frente al reconocimiento de potestades discrecionales a la Superintendencia, complejizando excesivamente sus razonamientos. En palabras de la memorista: "Los Tribunales, conscientes de la dificultad de controlar las potestades discrecionales, en varias de sus sentencias, desarrollan latamente temáticas relacionadas con aquel, a modo de fijar criterios que informen de sus líneas argumentativas". Si bien el trabajo no avanza en esa dirección, la lectura de sus conclusiones releva la necesidad de elaborar una teoría de la deferencia administrativa, que reconociendo cierta discrecionalidad técnica de la administración, establezca límites en el control de los órganos de la Administración.

En suma, a pesar de que las relaciones entre control y discrecionalidad representa uno de los temas clásicos del Derecho administrativo, el trabajo de la Sra. Zúñiga representa un valioso insumo para abordar una arista de este debate que en Chile ha sido poco explorado. Desde luego, el trabajo corresponde a una tesis para obtener el grado académico de licenciado en ciencias jurídicas, no obstante, presenta un estándar superior a un trabajo de estas características, y en la medida en que se inserta en el marco de un proyecto Fondecyt¹, contiene una valiosa contribución al desarrollo de este último.

En mérito de lo expuesto el presente informe propone que la tesis de la Sra. Javiera Zúñiga González, sea calificado con nota 7,0 (siete coma cero), salvo mejor parecer.

Felipe Ignacio Paredes Paredes
Profesor de Derecho constitucional

¹ Fondecyt iniciación en investigación 11150828 Proporcionalidad y deferencia en el control de constitucionalidad de las leyes. Investigador responsable, Felipe Ignacio Paredes Paredes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JUSTICIA AMBIENTAL EN CHILE	3
1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (CPR) DE 1980 Y LA LEY 19.300.....	3
1.1. <i>Consagración de la protección del medio ambiente dentro de nuestra Carta Fundamental</i>	<i>3</i>
1.2. <i>Antecedentes de la Ley de Bases del Medio Ambiente</i>	<i>5</i>
2. REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 20.417	7
2.1. <i>Reforma a la Ley de Bases del Medio Ambiente.....</i>	<i>8</i>
2.2. <i>Creación del Ministerio de Medio Ambiente</i>	<i>8</i>
2.3. <i>Creación del Servicio de Evaluación Ambiental</i>	<i>9</i>
3. CREACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE.....	9
3.1. <i>Antecedentes y particularidades</i>	<i>10</i>
3.2. <i>Consagración normativa</i>	<i>13</i>
3.3. <i>Potestades fiscalizadoras y sancionatorias</i>	<i>15</i>
4. LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES.....	18
4.1. <i>Problemáticas planteadas en virtud de la implementación y configuración final de los Tribunales Ambientales</i>	<i>18</i>
5. CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	22
CAPÍTULO II. ESTÁNDAR DE REVISIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN MATERIA AMBIENTAL, UN ESTUDIO A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN DE NUESTRA INSTITUCIONALIDAD	24
1. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA, UNA POTESTAD PROTAGONISTA, CONTROVERTIDA Y CONTROLABLE	24
1.1. <i>Discrecionalidad como herramienta relevante dentro del accionar de la Administración.....</i>	<i>24</i>
1.2. <i>Límites al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración.....</i>	<i>30</i>
1.3. <i>Técnicas de control, delimitadoras del alcance de la revisión judicial</i>	<i>32</i>
1.4. <i>Control judicial, su resultado o naturaleza y alcance, intensidad o extensión</i>	<i>39</i>
1.5. <i>Especial mención a la discrecionalidad técnica, su estándar de revisión judicial y vinculación con el principio de deferencia</i>	<i>43</i>
2. JUSTICIA ORDINARIA, CONTROL IMPROVISADO COMO RESULTADO DE UNA JUSTICIA ADMINISTRATIVA DÉBIL Y POCO DESARROLLADA	47

2.1. Necesidad de revisión de los actos emanados de la Administración.....	47
2.2. Rol del Recurso de Protección previo a la Ley 20.600.....	49
3. ¿TRANSFORMACIONES A RAÍZ DE LA CREACIÓN DE LA SMA Y LOS TRIBUNALES AMBIENTALES?	54
3.1. ¿Qué entendemos por potestad administrativa sancionadora y cuáles son sus límites?.....	54
3.2. Potestad sancionadora de la SMA, discrecionalidad en la determinación de sanciones y su control jurisdiccional	55
3.3. Estado de la cuestión	59
4. CONCLUSIONES PRELIMINARES	62
CAPÍTULO III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ESTÁNDAR DE REVISIÓN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES ¿ES POSIBLE DILUCIDAR EN ÉL UNA LÓGICA DEFERENCIAL?	65
1. DIRECTRICES DEL ACTUAR DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES.....	65
2. CONTROL JUDICIAL DE LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA	68
3. CONCLUSIONES PRELIMINARES	79
CONCLUSIONES	80
BIBLIOGRAFÍA.....	82

INTRODUCCIÓN

La presente tesis, busca exponer cómo la evolución de la institucionalidad ambiental ha repercutido notablemente en el tratamiento idóneo de temáticas específicas, caracterizadas por su complejidad técnica y por las gravosas consecuencias, que su vista extemporánea y/o por vías no destinadas al efecto, podrían provocar. Ello, es reflejo de una preocupación latente a nivel mundial: velar por un medio ambiente libre de contaminación y apto para permitir el desarrollo de la vida de generaciones futuras en correspondencia con la calidad de vida a la que aspiramos genuinamente hoy.

Cabe a su vez señalar que, tal anhelo, por muchos años en nuestro país fue dejado en el abandono, estableciéndose a su respecto una normativa exigua, inorgánica e insuficiente para atender las solicitudes con parámetros que brinden garantía de solución.

Ante esto, en el primer capítulo, graficaremos los cambios y el desarrollo que ha experimentado nuestra institucionalidad ambiental a lo largo de los años, como reflejo de una preocupación creciente por la defensa del medio ambiente, lo cual ha generado una dinámica que va permeando progresivamente nuestro ordenamiento jurídico, a través de múltiples y sucesivas demandas que reclaman un rol cada vez más activo, delimitado, eficiente y uniforme de las instituciones que intervienen en estas materias. Así las cosas, se tratará primeramente la tutela constitucional del medio ambiente, para luego abarcar cada una de las reformas introducidas al sistema, dándose mayor énfasis a dos de los últimos órganos incorporados, la Superintendencia de Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales.

Posteriormente, en el segundo capítulo, analizaremos nociones propias del Derecho Administrativo, relativas a la relevancia de consagrar potestades administrativas discrecionales, llamadas a desarrollar por medio de su libertad políticas públicas en pro del bien común de los individuos. Además, pese a sostener lo beneficioso de ellas, también atenderemos a los necesarios límites y técnicas de control de su ejercicio, pues sólo de esa forma, evitamos que estas se trasformen en arbitrariedades. Por último, nos centraremos en la relación, que hasta el momento se ha desarrollado entre, la Superintendencia de Medio Ambiente y los Tribunales Ambientales, específicamente en el control judicial de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente.

Finalmente, en el último capítulo, examinaremos la jurisprudencia emanada de los Tribunales Ambientales, al resolver las Reclamaciones, que en contra de la Superintendencia de Medio Ambiente interponen los infractores de la Ley Orgánica citada, a modo de dilucidar, cuál es el

estándar adoptado por los éstos al controlarlas judicialmente, y si es posible observar el principio de deferencia en él.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA JUSTICIA AMBIENTAL EN CHILE

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (CPR) DE 1980 Y LA LEY 19.300

1.1. Consagración de la protección del medio ambiente dentro de nuestra Carta Fundamental

A lo largo de los años, la institucionalidad ambiental ha sido objeto de diversas modificaciones tendientes a fortalecer y adecuar la legislación nacional a una realidad dinámica cambiante y cada vez más exigente, cuando se trata de materias que inciden directamente en la vida y derechos de los distintos sujetos que integran nuestro medio.

El primer hito que sentó las bases para el posterior desarrollo de una institucionalidad sólida y coherente, fue la consagración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en el numeral 8° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, cuyo objeto no radica, a juicio de BERMÚDEZ, en un medio ambiente incontaminado sino en el derecho a vivir en él. Añade, que una perspectiva restrictiva de la extensión de tal objeto implicaría comprender sólo el entorno más inmediato del titular del derecho, entendiéndose como una particularización del derecho a la vida, privándosele de virtualidad jurídica y ocasionando en la práctica una pérdida de eficacia. Por ello, el vivir en un medio ambiente libre de contaminación debe ser interpretado como aquel que “significa existencia o persona humana en movimiento, desarrollándose en un entorno o hábitat con una cualidad bien definida, es decir, libre de contaminación”¹.

Sin embargo, la inclusión de este derecho entre los susceptibles de tutela jurisdiccional, no implicó la extensión pura y simple de las normas que regulaban el Recurso de Protección (en adelante RP), sino que llevó al establecimiento de una norma especial para su ejercicio, contenida en el inciso segundo del artículo 20 de la CPR². Así, el constituyente entregó un instrumento jurisdiccional que permitía de forma expedita y exenta de mayores formalidades recurrir a las Cortes de Apelaciones en defensa de la preservación del medio ambiente³.

Con anterioridad a dicha consagración, la preocupación por el medio ambiente, de cierta manera, se había reflejado a través de un conjunto normativo que tenía por objeto regular aspectos específicos del quehacer humano, en cuanto éstos tuviesen incidencia ambiental. De esta forma, “en el año 1912 se crearon las Reservas Forestales "Llanquihue" y "Alto Bío Bío" y la

¹ Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXI, 2000, pp. 10 – 14.

² Cfr., BERTELSEN, Raúl: “El Recurso de Protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad de los Andes, Vol. 25, N° 1, 1998, p. 143.

³ Cfr., RAMÍREZ, José: “El sistema constitucional ambiental: Elementos caracterizadores del caso chileno”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 65, 2003, p. 300.

Reserva Forestal "Villarrica". En 1916 se dictó la Ley N° 3.133, que versa sobre la "Neutralización de los Residuos Provenientes de Establecimientos Industriales", y, mediante decreto supremo N° 2491 del mismo año, el Ministerio de Industria y Obras Públicas, el reglamento para la aplicación de la citada ley. En 1931, mediante decreto supremo N° 4363, del Ministerio de Tierras y Colonización, se aprobó el texto definitivo de la Ley de Bosques, que contuvo normas de protección forestal y de fomento al establecimiento de nuevas superficies boscosas y cuyos efectos todavía perduran⁴.

No obstante ello, un acabado análisis del universo de normas ambientales o con relevancia ambiental vigentes en nuestro país, llevado a cabo por la Secretaría Técnica y Administrativa de CONAMA, reveló la existencia de 718 textos legales de relevancia ambiental, vigentes y de diversa jerarquía, que definían un legislación sectorial que destacaba por su gran dispersión, incoherencia y falta de organicidad, lo que se debía a su dictación de manera sectorial y compartimentalizada. A ello, se sumaba un sin número de modificaciones que provocaban un desconocimiento de sus alcances normativos, incertidumbre sobre su vigencia y un alto grado de incumplimiento. Además, se constató que las competencias públicas para la protección y gestión ambiental se encontraban repartidas y dispersas en una multiplicidad de organismos de diferente rango que operaban de manera inorgánica, descoordinada, con paralelismo y ambigüedad de funciones y responsabilidades⁵.

En vista de este panorama, carente de una base apta para edificar un sistema coherente de resguardo hacia el medio ambiente que sea capaz de estructurarse y funcionar en una misma dirección, es que se volvió imperioso especificar aquello que debía entenderse comprendido dentro de los términos empleados por el artículo 19 N° 8 de la CPR, de manera tal de darles un significado aplicable en la práctica.

De ahí que la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, destacara por su valioso aporte en el ámbito interpretativo de los conceptos, pues los identificó "más allá del entorno adyacente de las personas y la salud individual, extendiéndolo a la calidad de vida de la población y los elementos socioculturales"⁶. La anterior labor, fue manifestada como primer objetivo dentro del proyecto de ley que le dio vida, en virtud del cual se buscó otorgar un

⁴ Historia de la Ley N° 19.300, p. 9.

⁵ *Ibidem*, p. 10.

⁶ VÁSQUEZ, José: "Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 80, 2014, p. 151. Destaca, además como uno de sus aportes la fijación de normas sobre responsabilidad por daño ambiental, que si bien no consagraron un delito penal ecológico general al estilo español, sí se avanzó en la consagración de un ilícito ambiental de carácter civil que va más allá del sistema de responsabilidad clásico que comprende simplemente la obligación de una persona de indemnizar el daño sufrido por otro. Esta, recogió el principio general de responsabilidad por daño ambiental, otorgándole un carácter subjetivo, toda vez que es necesaria la existencia de culpabilidad de su autor, la cual podrá ser de tipo dolosa o culposa. Véase, GONZÁLEZ, Francisco: "¿Es el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal? ¿Cómo construir su adecuada tutela jurídica?", en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 28, N° 2, 2001, p. 274.

contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado a la garantía constitucional citada⁷. De esta forma, como recalcan BUSTOS, MEDINA Y RIQUELME, pese a la existencia de diversos cuerpos normativos, dicho texto legal vino a crear y organizar la institucionalidad ambiental propiamente tal⁸.

1.2. Antecedentes de la Ley de Bases del Medio Ambiente

Como se señaló precedentemente, muchas de las transformaciones concebidas como respuesta a la crítica, permitieron delinear un bloque normativo que se caracterizó en sus inicios por su dispersión pero que dio paso, con la publicación en el Diario Oficial de la Ley N° 19.300, el 09 de marzo de 1994, a una normativa que se identificó por crear, organizar y sentar las bases de una nueva regulación medioambiental en Chile.

Dicha Ley, diseñó un modelo basado en una estructura administrativa coordinadora y ejecutora de las políticas ambientales, que reconocía diversas competencias sectoriales en la materia, algunas de las cuales a juicio de BUSTOS, MEDINA Y RIQUELME estaban desafortunadamente superpuestas. De este modo, tal modelo se sostenía sobre dos pilares fundamentales: 1) el reconocimiento de competencias ambientales a los diversos ministerios y servicios, y 2) la capacidad de coordinación dentro del Poder Ejecutivo⁹.

En este contexto, y considerando los componentes de la función ambiental, la Ley N° 19.300 tuvo como meta, en primer lugar, desde una mirada política y de regulación, llevar a cabo una política ambiental nacional, contribuir a desarrollar la garantía constitucional e iniciar un proceso ordenador de la normativa ambiental nacional. Y en segundo lugar, en lo que concierne a los instrumentos de gestión ambiental, se dotó al Estado de un Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), normas de calidad, de emisión, planes de prevención, entre otros. Finalmente, en lo relativo a la fiscalización, mantuvo la competencia de los organismos sectoriales que ahora podían solicitar a la autoridad ambiental la aplicación de sanciones¹⁰.

Para lograr tales cometidos, se instituyó la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), servicio público funcionalmente descentralizado a través de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (COREMAS), las que se insertaron en un esquema de coordinación, pero dentro de la Administración Pública verticalizada, lo que si bien dio buenos resultados en la administración del SEIA, fue blanco de marcadas críticas que apuntaban a la falta

⁷ Historia de la Ley N° 19.300, p. 13.

⁸ Cfr., BUSTOS, Daniela; RIQUELME, Paulina y MEDINA, Paula: “Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio” en *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, N°23, Enero 2011, p. 238.

⁹ Ídem.

¹⁰ Cfr., BOETTIGER, Camila: “Nueva Institucionalidad Ambiental”, en *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, N°22, Julio 2010, p. 435.

de elaboración de políticas y normas, carencia de coordinación, visión sectorial de política y normativa ambiental, superposición de competencias ambientales, “seización” de la gestión ambiental, deficiente rendición de cuentas institucional, politización de decisiones técnicas en el SEIA y una *fiscalización inorgánica y dispersa*¹¹.

En lo relativo al último aspecto, cabe señalar que el hecho de haberse otorgado las competencias fiscalizadoras a órganos sectoriales, trajo como consecuencia que ésta no operase de manera unificada¹². Tal afirmación, encuentra sus razones en la existencia de dos mecanismos de sanción y fiscalización dentro de la Ley N° 19.300, uno para los Planes (artículo 56) y otro para el SEIA (artículo 64). En este último, la fiscalización era realizada por los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental, participes del Comité Técnico, los que en caso de incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) debían solicitar a la COREMA la aplicación de sanciones¹³. Así, contábamos con una CONAMA que poseía potestades de coordinación y comunicación, y con COREMAS que se encargaban de aplicar las sanciones administrativas correspondientes, pero únicamente sobre proyectos sometidos al SEIA puesto que en los otros instrumentos de gestión la CONAMA carecía de potestades¹⁴.

De este modo, el modelo de coordinación que llevaba a cabo la CONAMA destacaba en su aplicación por sus dificultades prácticas y jurídicas. Ello, debido a que la Administración ambiental carecía de competencias para forzar la fiscalización por parte de las Administraciones sectoriales coordinadas, lo que sumado a los distintos criterios empleados por parte de las diversas instituciones intervinientes y los déficits presupuestarios, llevaron a la obtención de resultados ineficientes¹⁵.

Por estas razones, el año 2005 la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), entregó un informe de Evaluaciones del Desempeño Ambiental, destacando que “una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento”, recomendando expresamente que sería necesario “desarrollar y fortalecer aún más los marcos normativos (normas, entre otros) para mejorar la salud ambiental y cumplir los compromisos internacionales de Chile; examinar formas de fortalecer la capacidad de cumplimiento y fiscalización, incluso mediante reformas institucionales, como por ejemplo el establecimiento de un órgano de inspección ambiental”¹⁶.

¹¹ *Ibidem*, pp. 438 – 440. (Los destacados son míos).

¹² Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2014, p. 452.

¹³ Cfr., ASTORGA, Eduardo: *Derecho ambiental chileno Parte General*, Legal Publishing, Santiago, 2012, p. 263.

¹⁴ Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho...*, op. cit., 2014, p. 452.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 472 – 473.

¹⁶ Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, *Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile, 2005*, p. 18. Disponible en:

Por su parte, GUILOFF añade que “las deficiencias de la Ley N° 19.300 en la estructuración de los incentivos para posibilitar una regulación y política ambiental integrada, repercutió severamente sobre la gestión y la fiscalización”¹⁷.

2. REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 20.417

En vista de este escenario, se publicó en el año 2010 la Ley N° 20.417 que creó el Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Su configuración se basó en la división de las funciones o componentes de la actividad pública en materia ambiental, que fueron encomendadas a órganos diferentes y de diversa jerarquía, insertos en una estructura vertical y funcionalmente descentralizada¹⁸.

El proyecto que da origen a la Ley N° 20.417, señala las críticas al modelo anterior¹⁹ y sus principales objetivos, los que según GUILOFF se sintetizan en el interés por “racionalizar competencias, acordar las políticas en un solo lugar y con responsables identificados, disponer (...) de un sistema que garantice la integridad de la regulación ambiental, contar con una autoridad que unifique criterios, procedimientos e incentivos en el cumplimiento de las normas ambientales (contrario al modelo de fiscalización fragmentada que existía a la época de presentado el proyecto de ley) y por último, contar con un sistema sujeto a rendición de cuentas en forma permanente”²⁰.

En vista de esto, es que CORDERO VEGA y TAPIA, señalan que el propósito central de la reforma consistió en desintegrar verticalmente las competencias de los órganos, separando la creación e implementación de políticas sectoriales (en manos del Ministerio de Medio Ambiente), de la gestión (a cargo del SEA) y de la triple función de investigación, persecución y decisión/sanción (encomendada a la SMA)²¹. De ahí que, el interés se centrara en la creación de

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/S0500003_es.pdf?sequence=1 (Última visita: 19 de enero de 2017)

¹⁷ GUILOFF, Matías: “Nueva Institucionalidad Ambiental: Hacia una Regulación Deliberativa” en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, Agosto 2011, p. 234.

¹⁸ Cfr., BOETTIGER, Camila: “Nueva Institucionalidad Ambiental”, op. cit., p. 441.

¹⁹ Dichas críticas son resumidas por GUZMÁN, quien señala que: el modelo que se había consagrado sufría de complejidades derivadas de la estructura administrativa; no asumía completamente el esquema original debido a la incomprensión jurídica y de gestión del concepto de coordinación; existían permanentes intervenciones de la autoridad política en cuestiones propias de decisión técnica; había también una asimetría de información desde el punto de vista del acceso y procesamiento de los antecedentes necesarios para adoptar decisiones ambientales; enumera asimismo que había una falta de expresión del sistema de coordinación horizontal concebido a nivel central en las regiones; tenía complicaciones en materia de seguimiento puesto que se poseía una fiscalización dispersa e inorgánica; además las Municipalidades eran débiles al abordar temáticas ambientales; se caracterizó por una insuficiente implementación en bloque de las herramientas contempladas en la ley y finalmente expresa que esta constaba con una multiplicidad de fuentes a partir de las cuales podían generarse regulaciones ambientales. En GUZMÁN, Rodrigo: *Derecho Ambiental Chileno: Principios, instituciones, instrumentos de gestión*, Editorial Planeta Sostenible, Santiago, 2012, pp. 88 – 89.

²⁰ GUILOFF, Matías: “Coordinación sin sesgos: La regulación en la nueva institucionalidad ambiental”, en Durán, Montenegro, Moraga, Ramírez y Uriarte (Editores): *Derecho ambiental en tiempos de reformas actas de las V Jornadas de Derecho ambiental*, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 12.

²¹ Cfr., TAPIA, Javier y CORDERO, Luis: “Revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional”, en *Revista de Estudios Públicos*, N° 139, 2015, p. 49.

“instituciones públicas para cautelar derechos, libertades y bienes públicos, sujetas a presupuestos específicos que condicione el actuar e impongan eficiencia, de manera de promover resultados apreciados por los ciudadanos y potencialmente exigibles frente a su incumplimiento”²².

2.1. Reforma a la Ley de Bases del Medio Ambiente

Se erigió como aquella que introduciría cambios profundos en nuestra institucionalidad ambiental y cuyo amplio apoyo por parte de los sectores públicos tuvo por objeto fortalecer la capacidad del Estado para proteger el medio ambiente y velar por la preservación de la naturaleza²³. Se pretendía dejar atrás el criticado modelo cimentado sobre una institución transversal dentro de una Administración pública vertical, que no logró comprender el concepto de coordinación²⁴, ya que como señala BOETTIGER, la estructura coordinadora de la CONAMA no se integró correctamente dentro del sistema administrativo. Esa falencia, se debía a que dicho sistema se configuraba sobre la base de competencias sectoriales y verticales, donde había reticencia a participar por parte de los servicios, puesto que a consecuencia de la verticalidad de su estructura administrativa ellos elaboraban y ejecutaban sus propias políticas sin intervenciones externas²⁵.

2.2. Creación del Ministerio de Medio Ambiente

Se le otorgaron competencias para definir políticas y normas de regulación ambiental, es decir, realiza el diseño de la regulación ambiental, cuya aprobación quedará sujeta al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, órgano que mantiene la discusión multisectorial de la problemática ambiental al aprobar tales políticas y normas, siendo presidido para este fin por el Ministro del Medio Ambiente e integrada por los Ministros de Agricultura; Hacienda; Salud; Economía, Fomento y Reconstrucción; Energía; Obras Públicas; Vivienda y Urbanismo; Transportes y Telecomunicaciones; Minería y Planificación²⁶.

A propósito de lo anterior, PÉREZ plantea que se caminó hacia un modelo “ministerio” que si bien creó el Ministerio de Medio Ambiente, no terminó con la decisión en órganos colegiados a nivel nacional y regional, en lo que dice relación con las principales decisiones vinculantes en materia ambiental. De esta forma, se adoptó un modelo híbrido que no pone fin a la coordinación y que buscó tener lo mejor de ambos modelos, destacándose por un lado, la relevancia política y la responsabilidad típica de un ministerio y por otro una visión holística que incorpora a todos los

²² Historia de la Ley N° 20.417, p. 5.

²³ Cfr., PÉREZ, Clemente: “Reforma de la institucionalidad ambiental y la evaluación ambiental estratégica”, en Durán, Montenegro, Moraga, Ramírez y Uriarte (Editores): *Derecho ambiental...*, op. cit., p. 75.

²⁴ Historia de la Ley N° 20.417, p.8.

²⁵ Cfr., BOETTIGER, Camila: “Nueva Institucionalidad Ambiental”, op. cit., p. 438.

²⁶ *Ibidem*, p. 442 y Cfr. BUSTOS, Daniela; RIQUELME, Paulina y MEDINA, Paula, op. cit., p. 242 – 243.

organismos públicos²⁷. Su configuración híbrida no estuvo exenta de críticas por parte de quienes consideraron, que la peor parte de la reforma, era proponer un Ministerio del Medio Ambiente con funciones coordinadoras de otros Ministerios, pero con una lógica bilateral y no multilateral, puesto que cuesta pensar en un Ministerio “coordinador”, más aún si el ámbito de competencia tiene la amplitud del concepto de medio ambiente que usa nuestra legislación²⁸. En el mismo sentido, se plantea que su creación no otorgaba una solución a los problemas de coordinación y superposición de competencias, puesto que no elimina ni concentra las competencias existentes en otras reparticiones de la institucionalidad pública, como por ejemplo CONAF, SERNAPESCA, entre otros²⁹.

2.3. Creación del Servicio de Evaluación Ambiental

Uno de los principales cambios desde el punto de vista orgánico, se llevó a cabo a través del SEA, cuya estructura eliminó la participación de autoridades políticas como Gobernadores y Consejeros Regionales, de la calificación ambiental de los proyectos que eran sometidos al SEIA, denotando la intención de añadir factores técnicos dentro de las decisiones ambientales³⁰ para así encuadrarlo en dicho marco despojado de variables políticas³¹.

Su regulación está comprendida dentro de los artículos 80 al 88 de la Ley N° 19.300, definiéndose en el primero de ellos como un “servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente. Su domicilio será la ciudad de Santiago y se desconcentrará territorialmente de conformidad a lo señalado en la presente ley. El Servicio estará afecto al Sistema de Alta Dirección Pública establecido en la ley N° 19.882”.

3. CREACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE

Hemos decidido, en vista de la relevancia que este órgano administrativo reviste, dentro de las transformaciones implementadas a la institucionalidad ambiental –específicamente en su búsqueda por subsanar las carencias puntualizadas en las áreas de fiscalización y sanción ambiental– desarrollar de manera más precisa, sus antecedentes, consagración normativa, potestades y el rol primordial, que a nuestro juicio, se esperaba viniese a cumplir.

²⁷ Cfr., PÉREZ, Clemente: “Reforma de la institucionalidad ambiental y la evaluación...”, op. cit., p. 76 – 77.

²⁸ Cfr., SIERRA, Lucas: “Reforma de la institucionalidad ambiental: Problemas y oportunidades”, en *Revista de Estudios Públicos*, N°111, 2008, p. 71.

²⁹ Cfr., LIBERTAD Y DESARROLLO: “Institucionalidad ambiental: Los cambios que vienen”, en *Temas Públicos*, N° 891, 2008, p.2. Disponible en:

http://lyd.org/other/files_mf/TP-891-Institucionalidad%20ambiental%20Los%20cambios%20que%20vienen-17-10-2008.pdf (Última visita: 19 de enero de 2017).

³⁰ Cfr. BOETTIGER, Camila: “Nueva Institucionalidad Ambiental”, op. cit., p. 446.

³¹ Cfr. ASTORGA, Eduardo: *Derecho ambiental chileno Parte General*, op. cit., p. 265.

3.1. Antecedentes y particularidades

Como se ha expresado, en correspondencia con lo acaecido en los demás organismos, la renovación institucional, en materia fiscalizadora y sancionatoria, fue direccionada por la crítica externa e interna efectuadas al sistema. Por un lado, la OCDE si bien reconoció que “durante el período de evaluación (1990-2004), Chile fortaleció sus instituciones ambientales, en especial con la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente de 1994”³², también señaló que “la CONAMA tiene escaso control sobre el nivel de cumplimiento y fiscalización de la normativa ambiental por parte de las entidades sectoriales. Los órganos sectoriales, cuentan con el personal y la capacidad técnica general para realizar las inspecciones sobre el terreno, pero sus actividades de supervisión relacionadas con el medio ambiente se pueden ver opacadas por otras labores y prioridades”³³.

Por otro lado, distintos estudios académicos se pronunciaron sobre el fondo del asunto. Tal es el caso de la "Comisión Jadresic" encargada por el Presidente de la República en 1998 a la denominada “Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado”³⁴ que en su informe sugirió una Superintendencia de Medio Ambiente, precisando que “en nuestro país la fiscalización ambiental es poco efectiva y en algunas áreas inexistente (...) no hay procesos fiscalizadores que mantengan una evaluación permanente e integral de los niveles de calidad ambiental del aire, agua, suelo, ni de variables tales como ruido, olores y otras formas de alteración de la calidad del entorno”³⁵. De igual forma, lo hizo el Informe Castillo en el año 2000, encargado por la CONAMA a un grupo de especialistas que también propuso avanzar en la creación de una Superintendencia³⁶.

Finalmente, este devenir repercute en las palabras del Ejecutivo, quien en su mensaje identificó dicha fiscalización como fragmentada, carente de incentivos de cumplimiento, dispersa en cuanto a sus criterios y desigual, en relación a las sanciones aplicadas por los distintos órganos, destacando también, que ello trajo consigo ineficiencia, falta de certeza y coherencia frente a la aplicación de la legislación ambiental³⁷.

Sin embargo, pese al acuerdo constatado en la materia, no hubo en un inicio, como postula MALLEA, una postura unívoca respecto al modelo orgánico a seguir, barajándose como posibles opciones una Agencia de Fiscalización, una Superintendencia e incluso una figura similar a la Fiscalía Nacional Económica. Con todo, finalmente se resolvió por una

³² Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile, op. cit., p. 126.

³³ *Ibidem*, p. 145.

³⁴ Historia de la Ley N° 20.417, p. 8.

³⁵ Informe Jadresic, 1998, p. 102. Citado por: SIERRA, Lucas: “Reforma de la...”, op. cit., p. 82.

³⁶ Historia de la Ley N° 20.417, p. 115.

³⁷ Historia de la Ley N° 20.417, p. 13.

Superintendencia del Medio Ambiente al estimarse idónea para llevar a cabo seriamente labores de fiscalización y aplicación de sanciones³⁸.

Al respecto, GARCÍA define a las Superintendencias como “entes de la Administración a través de las cuales el Estado fiscaliza el correcto funcionamiento de diversas actividades privadas de interés público, siguiendo el patrón de lo que en Derecho comparado se denomina agencias reguladoras independientes³⁹”. Pese a ello, si bien en Chile se ha especificado que para su consagración se apreció el modelo de las agencias americanas, según el citado autor, nuestras Superintendencias se distancian notoriamente de aquellas, sobre todo en lo que atañe a su autonomía respecto del poder político⁴⁰.

Lo anterior, se refleja en dos inexactitudes que incurre nuestro ordenamiento jurídico a la hora de configurar y crear órganos bajo el rótulo de Superintendencias. En primer lugar, éstas carecen de la necesaria independencia para llevar a cabo sus funciones, puesto que están sujetas a la influencia del Gobierno. En segundo lugar, la sola denominación de “Superintendencias” ha conducido a que cualquier desarrollo de labores de fiscalización sea realizado a través de esta figura, afectándose el propósito inicial para el cual fueron establecidas⁴¹. Por el contrario, las agencias independientes tienen como principal virtud su considerable grado de autonomía tanto cuantitativa como cualitativa para el desempeño de sus cometidos⁴².

De ahí que, a juicio de GARCÍA y VERDUGO la crítica más importante formulada a estos organismos es que, pese a lo declarado formalmente por las normas que las regulan, ellas tienen una escasa autonomía real, que se explica en la designación del *jefe superior del servicio* por el Ejecutivo⁴³. Tal es así, que en el artículo segundo de la Ley N° 20.417 (en adelante LOSMA), en su artículo 4°, se establece que *Superintendente de Medio Ambiente* será nombrado por el Presidente de la República de conformidad a la Ley N° 19.882, que regula el Sistema de Alta Dirección Pública. Por consiguiente, según el artículo 7 letra c) de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, el Superintendente como jefe superior de servicio, será un cargo de exclusiva confianza del Presidente de la República, y por tanto, en virtud de los artículos quincuagésimo séptimo y quincuagésimo octavo de la Ley N° 19.882, éste no sólo lo nombrará para ejercer el cargo por un periodo equivalente a tres años, sin perjuicio de la posibilidad de renovar fundadamente su nombramiento por hasta dos veces y por igual plazo, sino que también

³⁸ Cfr., MALLEA, María: “La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile”, en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, N° 32, 2014, p. 138.

³⁹ GARCÍA, José: “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, en *Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, Tomo I, N° 19, Enero 2009, p. 327.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 329 – 330.

⁴¹ Cfr., CORDERO, Luis y GARCÍA, José: “Elementos para la discusión sobre Agencias Independientes en Chile. El caso de las Superintendencias” en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, Agosto 2012, p. 416.

⁴² *Ibidem*, p. 420.

⁴³ Cfr., GARCÍA, José y VERDUGO, Sergio: “De las Superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”, en *Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, N° 22, Julio 2010, p. 291. (Los destacados son míos).

podrá removerlo de su cargo, al considerarse en materia de remoción, los altos directivos públicos, como empleados de la exclusiva confianza de la autoridad que los nombra.

Al respecto, si bien las designaciones de altos ejecutivos de la Administración, mediante el sistema enunciado, constituye un avance en acotar la discrecionalidad del Presidente⁴⁴ y un mecanismo apto para asegurar cierta capacidad técnica, no asegura de igual forma la autonomía⁴⁵.

Ahora, ¿Dónde radica la importancia de su independencia y cómo influye en sus decisiones? Para dar una respuesta, es necesario remitirnos a la idea origen de esta institución, las agencias independientes. Estas en Derecho comparado, al intervenir en ámbitos de trascendencia económica, política y social, han demandado una desvinculación del centro administrativo de decisión, es decir, independencia del poder central. Lo anterior, se justifica por el hecho de que con ellas, al igual que con la SMA, se busca adoptar decisiones de alto contenido técnico, y sólo su independencia permitirá sustraer al Gobierno de realizar intervenciones que afecten los objetivos técnicos previstos⁴⁶.

Ante esto, estimamos que la vinculación de la SMA con el poder político, puede llegar a limitar su campo de acción, afectando las decisiones que como órgano técnico deba llevar a cabo. Ello, pues el Superintendente carecerá de ciertos grados de autonomía para emitir opiniones o realizar actuaciones, que no sean de la línea del Gobierno de turno, pese al carácter técnico y a la relevancia ambiental que aquellas puedan revestir⁴⁷.

Pero, lo anterior ¿Implica afirmar que sus actuaciones carecen de legitimidad? Una respuesta positiva, implica erróneamente afirmar que el Derecho Administrativo tendría un lugar más apropiado en los regímenes dictatoriales que en los democráticos, obviándose la evolución en la democratización que hace siglos este derecho ha experimentado⁴⁸. Por ello, como afirma PAREJO, en la actualidad, la Administración pública, es un poder público dotado de una específica e indirecta, pero eficaz y suficiente, legitimación democrática, a través de su dirección y subordinación al Gobierno correspondiente⁴⁹.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Cfr., LIBERTAD Y DESARROLLO: “Superintendencias en Tiempos de Cambio”, en *Temas Públicos*, N° 948, 2009, p.1. Disponible en: http://lyd.org/other/files_mf/TP-948-Superintendencias%20en%20tiempos%20de%20cambio-18-12-2009.pdf (Última visita, 19 de enero 2017).

⁴⁶ Cfr., CORDERO, Luis, y GARCÍA, José: “Elementos para la discusión sobre Agencias...”, op. cit., pp. 420 – 421.

⁴⁷ Clarificadora de este escenario, es el caso del ex Superintendente de Medio Ambiente, Jaime Lira, a quien el Gobierno le pidió su renuncia, tras publicarse sus opiniones en un medio de comunicación, relativas a lo necesario que era en ese entonces completar la implementación de la nueva institucionalidad ambiental, puesto que la vigente, a su juicio, no permitía responder de forma oportuna y eficaz a los incumplimientos ambientales. Disponible en: <https://www.veoverde.com/2012/05/superintendente-de-medio-ambiente-que-acuso-ausencia-de-fiscalizacion-fue-removido-del-cargo/> (Última visita, 19 de enero 2017).

⁴⁸ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Cuarta edición ampliada, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 39 – 42.

⁴⁹ Cfr., PAREJO, Luciano: *Derecho administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003, p. 604.

En este sentido, tanto el Gobierno como la Administración son poderes públicos que cuentan con legitimidad democrática, lo que permite atribuirles, por ejemplo, potestades discrecionales y la posibilidad de adoptar decisiones trascendentales para la sociedad, cuestión que el Parlamento, por sus limitaciones naturales, no podría ejecutar⁵⁰. A mayor abundamiento, CAMACHO señala que la Administración gana tal legitimidad a partir de la eficiencia y eficacia con la que desempeña sus labores públicas, definiéndose, en este caso como un instrumento operativo al servicio de las directrices y decisiones que adopten las estructuras políticas representativas – Parlamento y Gobierno—⁵¹.

En conclusión, como se logra desprender, la independencia de un órgano es diferente y no influye en la legitimidad de sus decisiones, por lo que si bien la SMA, después de lo dicho respecto al Superintendente, se hace acreedora de una independencia cuestionable, sus decisiones gozan de legitimidad democrática. Ello, desde dos perspectivas, la primera, en razón de que el Presidente de la República, quien es elegido democráticamente, es a su vez titular de la función de Gobierno y Administración, condicionando jerárquicamente a esta última (artículo 38 inciso 2° de la CPR y artículo 1 de la Ley N° 18.575) y haciéndola depositaria de una legitimidad democrática indirecta o mediata⁵². La segunda, por el hecho de que es la Ley, la que establece los criterios para postular al cargo en comento.

3.2. Consagración normativa

Es pertinente preguntarnos ¿qué se buscó con su consagración normativa?, ¿qué características debía tener éste órgano para dar una solución que se corresponda con las críticas, que hasta el momento, habían visibilizado las carencias del sistema?, ¿cómo es el órgano que finalmente se decidió instituir?

Precedentemente, hemos puesto de relieve que una de las grandes falencias del sistema era el contar con una fiscalización inorgánica, dispersa y fragmentada dentro de un sistema descoordinado y poco eficiente. Lo central de esta problemática, está en la relevancia que encierra la actividad fiscalizadora dentro de una organización, sobre todo en aquellas con autoridad ambiental, debido a las consecuencias negativas que el incumplimiento impune de la

⁵⁰Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p.115.

⁵¹ Cfr., CAMACHO, Gladys: “Las directrices constitucionales para la Administración pública”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 67, 2005, p. 391. Lo anterior, se vincula con la idea de legitimidad de ejercicio, “que exige a los gobernantes dar razones de sus actos, justificarse ante los ciudadanos, responder a las eventuales quejas y reclamaciones, demostrar que sus actos son objetivos y razonables y no arbitrarios y caprichosos”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración*, op. cit., p. 156.

⁵² Cfr., CORDERO, Luis: *El Control de la Administración del Estado*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p.163. Ello reconoce, dos concepciones propias de la democracia, por un lado, la democracia directa del Presidente de la República, y por otro, la democracia indirecta o representativa, entendida como aquella que consiste en la forma de gobierno cuya legitimidad se asienta sobre la autorización que el pueblo realiza para que el poder del Estado sea ejercido por órganos que actúan por sí mismos. Cfr., MARSHALL, Pablo: “Notas sobre el contenido del principio de la democracia”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, N° 1, año 2, 2011, p. 22.

normativa trae consigo. Esta, en palabras de GUZMÁN “constituye el eslabón que cierra la cadena de obligaciones administrativas derivadas del deber del Estado de velar por el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado o libre de contaminación y de tutelar la preservación de la naturaleza, y que comienza con la aplicación de las herramientas de prevención”⁵³.

Así, es posible resumir la demanda de los diversos sectores influyentes en la consagración de una institucionalidad renovada, en el deseo por implementar un órgano capaz de identificar correcta y oportunamente las conductas contrarias a la normativa ambiental, evitándose enfrentarlas en estados tardíos. Además, se reclamaba un procedimiento sancionatorio coherente, sistemático y acorde con las demás etapas del proceso, exigiéndose la puesta en marcha de un órgano con poderes sólidos y delimitados.

En este sentido, se desprende de la discusión parlamentaria la intención de concentrar en un solo órgano las potestades sancionatorias, las dispersas labores de fiscalización y las de interpretación del sentido y alcance de las RCA, de las normas de calidad y emisión, previo informe del organismo competente, ello con aspiraciones claras de lograr un sistema eficiente⁵⁴.

Sin embargo, el centralizar dichas atribuciones en un solo órgano fue motivo de arduo debate. Así, FERNANDOIS uno de los intervinientes, señaló que el proyecto de ley elevaba la SMA a la calidad de Magistratura Ambiental de primera instancia, ya que por la amplitud, profundidad e intensidad de las potestades que le conferían se transforma en un órgano jurisdiccional pleno de primera instancia, lo que a su juicio, pugna con lo prescrito en el artículo 76° inciso primero de la CPR. Por su parte, DOUGNAC enfatizó la necesidad de separar las funciones de investigación y acusación de sanciones, debiendo las últimas ser aplicadas por un Tribunal Ambiental, previo proceso, que cumpla con todas las garantías necesarias para la defensa de los acusados y que permita, además, la comparecencia de la comunidad. En el mismo sentido, se arguyó que por las razones expuestas, la SMA sería juez y parte de sus propias decisiones⁵⁵.

GARCÍA y VERDUGO, por su parte, plantearon dudas respecto a la legitimidad constitucional de algunas atribuciones que se le habían encomendado, y que eran propias de la policía del Estado⁵⁶. Mientras que, posturas más radicales respecto a los privilegios de la Administración, afirman que a ella le son otorgadas “potestades públicas, que en el contexto constitucional moderno, más se asemejan a vestigios de antiguos privilegios emanados graciosamente de una especial posición en la trama social. Su antecedente más remoto se

⁵³ GUZMÁN, Rodrigo: *Derecho Ambiental Chileno: Principios, instituciones...*, op. cit., p. 185.

⁵⁴ Historia de la Ley N° 20.417.

⁵⁵ Historia de la Ley N° 20.417.

⁵⁶ Cfr., GARCÍA, José y VERDUGO, Sergio: “De las Superintendencias a las agencias...”, op. cit., p. 264.

encuentra en las viejas prerrogativas que gozaban todas las actuaciones del príncipe, fundadas en la racionalidad, equidad y prudencia que éste ostentaba”⁵⁷.

De esta forma, la propuesta de consagración de un órgano dotado de potestades extensas, evidenció la tensión entre el diseño de las Superintendencias en Chile y el necesario contrapeso en virtud de frustrar un potencial desequilibrio entre las garantías de los derechos individuales y las amplias facultades conferidas a la autoridad administrativa. De este modo, la revisión judicial en manos de un órgano jurisdiccional especializado⁵⁸ fue, a juicio del Ejecutivo el camino a seguir⁵⁹, quedando supeditada la aprobación de la comentada Ley, al compromiso futuro de creación y puesta en marcha de un Tribunal Ambiental, idea que quedó materializada en el Protocolo de Acuerdo del año 2009, que dio pie a la posterior promulgación de la Ley N°20.600.

Finalmente, se crea la SMA como servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente, con competencias exclusivas en materia de fiscalización, potestades excluyentes respecto a la imposición de sanciones y un conjunto de atribuciones relacionadas con ambos mecanismos de intervención administrativa⁶⁰.

3.3. Potestades fiscalizadoras y sancionatorias

En líneas generales, podemos decir que las SMA, según MALLEA posee “potestades normativas, informativas, consultivas e interpretativas y sancionatorias. Las potestades normativas se refieren a la facultad de impartir directrices técnicas, normas e instrucciones de carácter general. Las potestades informativas consideran la capacidad para requerir información a los fiscalizados y organismos sectoriales; en cuanto a sus facultades consultivas e interpretativas, le corresponde proporcionar información y absolver consultas del Ministerio de Medio Ambiente y de los organismos sectoriales, y finalmente, sus potestades sancionatorias le permiten instruir procedimientos de sanción y aplicar las sanciones correspondientes de conformidad a la ley”⁶¹.

⁵⁷ FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN: “Superintendencias, fiscalización y garantías fundamentales”, en *Ideas y Propuestas*, N° 102, Junio 2012, p. 2.

⁵⁸ En relación a la revisión judicial de los actos emanados de la Administración mediante órganos jurisdiccionales especializados se ha señalado que *[... existen buenas razones para promover la potestad administrativa de sanción desde la perspectiva de la calidad regulatoria y la eficiencia de los sistemas de cumplimiento, pero eso no se puede hacer a cualquier precio.*

Por otro lado, existen buenas razones para acotar las potestades de los organismos administrativos en defensa de los derechos de los particulares, pero eso no puede significar afectar el interés público y el bienestar social detrás de la regulación.

Por tal motivo, los sistemas democráticos han tratado de buscar equilibrios. Por un lado, dotando a los organismos administrativos de competencias regulatorias y de sanción, que busquen una finalidad de disuasión efectiva (y no una retributiva) para promover cumplimiento y por la otra, establecer un mecanismo efectivo de revisión judicial de las intervenciones de las autoridades públicas]. Historia de la Ley N° 20.600.

⁵⁹ Cfr., CORDERO, Luis, y GARCÍA, José: “Elementos para la discusión sobre Agencias...”, op. cit., p. 430.

⁶⁰ Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho...*, op. cit., p. 473.

⁶¹ Cfr., MALLEA, María: “La potestad fiscalizadora y sancionatoria...”, op. cit., p. 141.

Con todo, como hemos prevenido, las potestades fiscalizadoras y sancionatorias, cuya consagración más debate ha generado, son las de mayor relevancia para el análisis que sostendremos posteriormente debido a su configuración, a las consecuencias de su utilización y a la particularidad de recaer en un mismo órgano.

Primeramente, entendemos que la fiscalización constituye un mecanismo necesario para asegurar que los individuos ajusten su conducta a la legalidad⁶². Por lo mismo, su ejercicio implica llevar a cabo un “conjunto de actividades jurídicas y materiales destinadas a verificar el cumplimiento de normas y condiciones ambientales”⁶³.

En el escenario ambiental, para BERMÚDEZ la fiscalización es una competencia esencial que le da razón de ser y justifica la existencia de la SMA. Por ello, también la califica de exclusiva puesto que si bien, los demás órganos sectoriales con competencia en la fiscalización de instrumentos de gestión ambiental, conservan dicho poder respecto de todas las materias que no correspondan a la SMA, no pueden ejercerlo directamente a menos que sean incluidos en un subprograma de fiscalización⁶⁴.

En resumen, según sostiene MALLEA, la SMA ostenta facultades de fiscalización exclusivas sobre los instrumentos a que se refiere el artículo 2 de la LOSMA, lo que se traduce en la ejecución de labores de inspección, control, medición y análisis⁶⁵, que pese a no definirse expresamente en ella, son las que se señalan en el artículo 3 letra a) de la misma, a propósito de la fiscalización de la RCA⁶⁶.

BERMÚDEZ, hace una breve crítica a la coherencia interna de la técnica legislativa empleada en la Ley, específicamente en el artículo 22 ubicado en el Título II de la Fiscalización Ambiental, que omite las labores de control como parte de la fiscalización, lo que implica entenderlas excluidas en la práctica⁶⁷. Además, con objeto de hacer efectiva la comentada actividad, el artículo 28 de la misma consagra un conjunto de potestades de inspección⁶⁸.

En segundo lugar, la potestad sancionadora permite a la SMA imponer sanciones a los particulares por las infracciones administrativas a la normativa ambiental previamente regulada por el ordenamiento jurídico. El objetivo de su ejercicio, es prevenir y reprimir, en su caso, las transgresiones a la norma ambiental cuya protección le ha sido encomendada⁶⁹.

⁶² Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho...*, op. cit., p. 451.

⁶³ *Ibidem*, p. 450.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 453.

⁶⁵ Cfr., MALLEA, María: “La potestad fiscalizadora y sancionatoria...”, op. cit., p. 139.

⁶⁶ Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho...*, op. cit., p. 453.

⁶⁷ *Ídem*.

⁶⁸ Cfr., MALLEA, María: “La potestad fiscalizadora y sancionatoria...”, op. cit., p. 139.

⁶⁹ Cfr., CANO, Tomás: “Derecho administrativo sancionador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, N° 43, 1995, p. 339.

En este sentido, entendemos que la Administración, capacitada para desarrollar actividades de Policía, Fomento y Servicio público, ejerce la primera a través de coacciones sobre los administrados, limitación de sus derechos e imposición de conductas, a través de las cuales, la policía administrativa⁷⁰ busca controlar las acciones de los particulares para que su libre desarrollo se acomode al bien público⁷¹.

En específico, la potestad sancionadora de la SMA se ejecuta en correspondencia a los artículos 35 y siguientes de la LOSMA. Al respecto, el citado artículo establece las infracciones de las cuales la SMA tomará conocimiento e instruirá el respectivo proceso sancionatorio. Luego, el artículo 36 clasifica las infracciones en gravísimas, graves y leves, regulándose más adelante, las tres etapas que comprende el procedimiento administrativo sancionador: iniciación, instrucción y finalización.

Por consiguiente, la SMA primero, determinará la clase de infracción administrativa ambiental del caso concreto, luego las posibles sanciones aplicables, para finalmente, considerar las reglas de ponderación. Las últimas, constituyen criterios jurídicos de observancia obligatoria al momento de efectuar la graduación y cuantificación de la sanción. Estas, son denominadas por el artículo 40 como “circunstancias”, y grafican el conjunto de supuestos de hecho, que deberán ser considerados y ponderados al momento de determinar la sanción específica a aplicar⁷².

A nuestro juicio, y sólo con el mérito de lo antes expuesto, puede destacarse la SMA como un avance concreto dentro de la creciente preocupación por lograr un efectivo resguardo y protección medioambiental. Con ella, se quiso estructurar una institucionalidad evolucionada, que aparentemente consciente de la pobreza inspectiva e insuficiencia sancionadora en la materia, venía a subsanar tales escollos, confluyendo ambas potestades en un solo órgano para lograr dar sistematicidad a su ejercicio y coherencia en sus resultados.

Pero ¿otorga efectivamente una tutela eficaz?, ¿logró el legislador dejar atrás la burocracia y desorganización, que generaba la dispersión de estas facultades en distintos órganos? Al respecto, la presencia o no de burocracia, desorganización y eficacia en su proceder, sólo será posible develar una vez analizada su labor en la práctica, puesto que como se dijo con anterioridad si observamos únicamente los objetivos y metas consideradas al momento de su configuración, la respuesta a ambas preguntas debiese ser afirmativa.

Por otro lado, ¿qué beneficios genera la concentración? Con ella, se permite relevar principios esenciales dentro de nuestro ordenamiento, tales como la certeza y seguridad jurídica,

⁷⁰ Cfr., MONCADA, Alberto: “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, N° 28, 1959, p. 54.

⁷¹ Cfr., GARRIDO, Fernando: “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, N° 28, 1959, p. 12.

⁷² Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho Ambiental*, op. cit., p. 481.

imprescindibles para generar una esfera de cumplimiento, tan demandada y necesaria respecto a la normativa ambiental. Lo anterior, en razón de que la centralización de potestades permite uniformar criterios que a la larga informarán la conducta de los administrados.

En conclusión, con ella se quiso ordenar el sistema, centralizar la protección del medio ambiente, reprimir aquello que en épocas pasadas quedaba impune y unificar los criterios que sirvan de base para que los administrados adecuen su comportamiento.

4. LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Como se expuso más arriba, la idea de su creación se gestó dentro de un acuerdo político que tuvo por objeto generar equilibrios entre las garantías de los derechos individuales y las amplias potestades fiscalizadoras y sancionatorias de la SMA. Como consecuencia, la puesta en marcha de la nueva institucionalidad ambiental quedó suspendida hasta su implementación, que vendría a configurar una nueva justicia especializada, apta para el conocimiento técnico y expedito de materias contencioso administrativas de naturaleza ambiental⁷³.

El acuerdo, fue motivado por la coalición política denominada *La Alianza*, al que se unieron también Senadores independientes y de la Concertación⁷⁴. Al respecto, PLUMER enfatiza que dicho requerimiento provino con fuerza de la industria – SONAMI y Consejo Minero, entre otros – que buscaban disminuir la discrecionalidad administrativa, otorgar mayor certeza jurídica a las decisiones administrativas y aminorar la denominada judicialización ambiental, en particular, el uso del Recurso de Protección como mecanismo recursivo en contra de las decisiones administrativas ambientales⁷⁵.

4.1. Problemáticas planteadas en virtud de la implementación y configuración final de los Tribunales Ambientales

Su creación no estuvo exenta de críticas y opiniones divididas, centrándose el debate, a nuestro juicio, en al menos tres ejes relevantes para su configuración. El primero de ellos, alusivo a su naturaleza jurídica, generó especial controversia por parte de la Corte Suprema (CS), que mediante diversos informes entre los años 2010 y 2012, manifestó su disconformidad con el proyecto, pese a mostrarse en un inicio conforme al afirmar lo necesario que resultaba disponer de un tribunal especializado en materia ambiental. Sin embargo, en su Oficio N° 133 del 10 de septiembre de 2010, en el considerando noveno, estimó que las condiciones bajo las cuales se

⁷³ Historia de la Ley N° 20.600.

⁷⁴ Historia de la Ley N° 20.600, p. 710

⁷⁵ Cfr., PLUMER, Marie Claude: “Los Tribunales Ambientales: Se completa la reforma a la institucionalidad ambiental” en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, Agosto 2013, p. 299.

proponía el proyecto, no respondían a los estándares mínimos para ser calificados como tribunales, tratándose más bien de *órganos administrativos y no jurisdiccionales*⁷⁶.

Ello, debido a que según señaló en el considerando segundo del mismo Oficio, el artículo 1° del proyecto asigna a la *CS la superintendencia directiva, correccional y económica sobre los Tribunales Ambientales* que se crean. Empero, el hecho de tratarse de tribunales que no forman parte el Poder Judicial -de aquellos a que se refiere el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales-, *transforma ese control en algo más efectista que real* y en la práctica los dota de una autonomía que como resultado último produce únicamente un debilitamiento de la judicatura, en la cual la *CS se ve privada de injerir en la selección de candidatos para dicho tribunal*⁷⁷.

No obstante, según BADTKE, la CS estimó que los Tribunales Ambientales gozaban de carácter jurisdiccional cuando la selección de candidatos recaía de forma exclusiva en su competencia, y dejaban de estar dotados de esa naturaleza cuando se disminuía su incidencia decisiva en el nombramiento. Al respecto, sostiene que el carácter jurisdiccional de un organismo no está condicionado a esa injerencia exclusiva y que por tanto, éstos constituyen órganos jurisdiccionales especializados, más aun cuando la regulación constitucional, no le confiere por regla general una participación directa en el nombramiento de los jueces⁷⁸.

Finalmente, se instauró una forma compleja de nombramiento, que no tiene parangón en Derecho Público chileno, pues en ella intervienen los tres poderes del Estado⁷⁹. No obstante, a juicio de BOETTIGER, aunque la citada ley indique que es el Consejo de Alta Dirección Pública, el que inicia el proceso de selección de los postulantes a los cargos de ministros, en virtud de la sentencia, Rol N° 2180 del 17 de mayo de 2012, dictada por el Tribunal Constitucional (TC), a través de la cual se revisó la constitucionalidad de la norma, según reseña la autora, entender que será la CS quien definirá los perfiles de los candidatos⁸⁰, ejerciendo así, un rol relevante en dicha designación.

Sin embargo, el rol del Presidente de la República en el nombramiento de ministros, causa a nuestro juicio, un ruido aún más molesto, puesto que si analizamos a fondo su participación, verificamos que interviene no sólo en virtud del artículo 2° de la Ley N° 20.600, sino también por medio del artículo cuadragésimo tercero, de la Ley N° 19.882, al nombrar a los cuatro Consejeros que formarán parte del Consejo de Alta Dirección Pública, que precisamente propondrá a la CS los nombres con que ella, posteriormente forma la nómina de ministros. De ello, es posible

⁷⁶ Historia de la Ley 20.600. (Los destacados son míos).

⁷⁷ Ídem. (Los destacados son míos).

⁷⁸ Cfr., BADTKE, Ricardo: “La organización de los Tribunales Ambientales: Cuestiones relativas a su diseño”, en Ferrada, Bermúdez y Pinilla (coords.): *La Nueva Justicia Ambiental*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 11 – 13.

⁷⁹ Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho...*, op. cit., p. 523.

⁸⁰ Cfr., BOETTIGER, Camila: “Instalación de los Tribunales Ambientales ¿problemas de diseño?” en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N°31, Enero 2015, p. 227.

concluir que los miembros de dicho Consejo, a la hora de proponer nombres lo harán con un juicio al menos similar al que emplearía el Presidente de la República que los designa.

Pese a esto, hoy día la doctrina mayoritaria, según HANTKE - DOMAS, reconoce en los Tribunales Ambientales una naturaleza jurídica de órganos jurisdiccionales, pues estos tienen como función ejercer jurisdicción, estando capacitados para resolver conflictos jurídicos mediante un proceso determinado y con autoridad de cosa juzgada. Además, los definen como órganos jurisdiccionales con poderes de imperio y dotados con un grado de independencia orgánica y económica muy superior si lo comparamos con sus símiles dentro del Poder Judicial⁸¹.

El segundo aspecto controvertido, alude a su carácter mixto, en razón de que cada tribunal estará integrado por tres ministros, dos abogados y un licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales. A propósito, se han esgrimido posturas a favor y en contra.

Los que ponderan sus beneficios, destacan que los conocimientos técnicos y científicos son útiles para la resolución de conflictos medioambientales y desconocidos por los jueces letrados. Junto con ello, permite solucionar las dificultades de los jueces ordinarios para llegar a soluciones técnicas adecuadas y avanzar en la construcción de estándares de revisión mixtos. En cambio, las posturas que lo rechazan, han dicho que su inclusión no sería garantía de decisiones técnicamente adecuadas, que dado su carácter jurisdiccional su labor se centraría en la revisión de la legalidad de la actuación administrativa y que la participación de profesionales expertos en el área ambiental sería menos relevante que la económica, como lo sería en el caso del TDLC⁸².

En este sentido, creemos que la adopción de una postura debe necesariamente vincularse con el alcance que, por regulación específica, le sea permitido tener a las decisiones tomadas por el tribunal. Por consiguiente, si su poder de intervención al controlar los actos emanados de la Administración técnica – como lo es la SMA – es amplio, la presencia de un ministro no letrado, sería ampliamente provechosa, en vista de su contribución para resolver de forma más acabada y ajustada a la ciencia de que se trate. Por el contrario, si su poder de control es restringido únicamente a la legalidad, se vuelve innecesario contar con un licenciado en ciencias como ministro, puesto que su papel en la toma de decisiones será mínimo o prácticamente inexistente, siendo fácil prescindir de sus intervenciones, habida consideración de la posibilidad del tribunal de contar con profesionales que apoyen su labor y/o peritos que emitan informes específicos, colaborando así en la dictación de resoluciones más técnicas.

⁸¹ Cfr., HANTKE – DOMAS, Michael: “Características de los Nuevos Tribunales Ambientales: Jurisdicción y Especialidad”, en Ferrada, Bermúdez y Pinilla (coords.): *La Nueva Justicia...*, op. cit., pp. 57 – 58.

⁸² Cfr., BADTKE, Ricardo: “La organización de los Tribunales Ambientales...”, op. cit., pp. 21 – 22.

Por último, el tercer eje dice relación con la cantidad de Tribunales Ambientales que se crearían. En un principio, se pensó solamente en uno ubicado en Santiago, al igual que el TDLC, con la intención de que sus decisiones sean predecibles en vista de sus precedentes, contribuyendo con ello a la seguridad jurídica⁸³. Finalmente, el país fue dividido en tres macro zonas, cada una configurada como asiento de un Tribunal Ambiental, teniendo como sedes Antofagasta, Valdivia y Santiago; por lo demás, sus sentencias dictadas en única instancia cuentan con un inusual sistema de recursos entre la Corte de Apelaciones (CA) y la CS⁸⁴.

Pese a ello, la cantidad sigue siendo cuestionable, en vista del acceso a la justicia garantizado por el artículo 19 N°3 de la CPR, pues, se vuelve compleja una concurrencia expedita para quienes viven en los extremos del país. Por esto, y en atención a los diversos problemas ambientales existentes, creemos que la implementación de un Tribunal en cada región sería un avance en la tutela de derechos y un complemento plausible al mejoramiento alcanzado.

Finalmente, se proclamó a los Tribunales Ambientales como aquellos que venían a completar casi en su totalidad la ambiciosa reforma, siendo su especialización una característica significativa pero no inusual dentro de nuestro ordenamiento jurídico⁸⁵, cuya configuración en los últimos años se ha visto marcada por la proliferación de diversos tribunales especializados. Así, nuestro legislador, lejos de seguir el modelo francés de justicia administrativa, a través de la creación de un tribunal administrativo, similar al Consejo de Estado⁸⁶, optó a partir del año 2003 fruto de una novísima tendencia, por crear tribunales especializados fuera del Poder Judicial, dotándolos con competencia anulatoria de actos administrativos respecto de materias concretas, relativas a sectores económicos o campos muy específicos⁸⁷.

VERGARA, postula que estos son el resultado de una idea neomoderna, que el legislador estima fundamental para el éxito de un sistema de resolución de conflictos, ya que, la alta especialización de sus jueces y por lo mismos del tribunal, ha sido considerada como un valor e instrumento de buena jurisdicción, aspirándose a que con ella se pueda garantizar de mejor manera la racionalidad técnica de las decisiones en materia administrativa⁸⁸.

⁸³ Historia de la Ley N° 20.600.

⁸⁴ Cfr., SILVA, Rodrigo: *Manual de Tribunales Ambientales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013, p. 21.

⁸⁵ Cfr., HANTKE – DOMAS, Michael: “Características de los Nuevos Tribunales Ambientales: Jurisdicción y Especialidad”, en Ferrada, Bermúdez y Pinilla (coords.): *La Nueva Justicia...*, op. cit., p. 57.

⁸⁶ Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.

⁸⁷ Cfr., VERGARA, Alejandro: “Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial”, en *Centro de políticas públicas UC*, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 10, N° 83, 2015, p. 7. Dentro de los nuevos tribunales administrativos especializados, encontramos al Tribunal de Contratación Pública, Panel de Expertos en Electricidad, Consejo para la Transparencia, Tribunales Tributarios y Aduaneros y finalmente los Tribunales Ambientales.

⁸⁸ Ídem.

5. CONCLUSIONES PROVISIONALES

En el presente capítulo, buscamos graficar la evolución que como país hemos experimentado en la noción práctica de una tutela efectiva del medio ambiente. Comprendiendo que, no basta con una consagración constitucional generalista, que si bien es necesaria para sentar las bases, requiere de un complemento orgánico coherente y sistemático, para considerarla suficiente. Por ello, los cambios estructurales introducidos a la institucionalidad ambiental, forjada a la luz de la Ley N°19.300, fueron realizados precisamente con la intención de conseguir dicho complemento.

En razón de las falencias que anteriormente fueron mencionadas, se buscó crear un órgano administrativo, robusto, con potestades amplias y facultades caracterizadas por su poder intrusivo, al limitar el ejercicio de los derechos de los individuos. Se quiso centralizar, la fiscalización y sanción de infracciones a la normativa ambiental, que por estar dispersas en diversos servicios y bajo el mando de un órgano acéfalo, demostraron carecer de eficacia y utilidad en el control del accionar de los administrados, y por ende, en la protección misma del medio ambiente.

De esta forma, se aspira que las decisiones de la SMA sean adoptadas de manera rápida y expedita, evitando dilaciones burocráticas provocadas por la intervención de diversos órganos, como ocurría con anterioridad y que en estas materias pueden provocar desenlaces irremediables. Por tanto, se buscó dejar atrás el modelo de coordinación caracterizado, paradójicamente por una descoordinación notoria de sus intervinientes a la hora de llevar a cabo sus funciones.

Ante este escenario, coincidimos plenamente con la demanda insistente referida a su instauración, y por lo tanto, adherimos a la idea de revestir un órgano administrativo con prerrogativas amplias, intrusivas y determinantes en la protección medioambiental, pues entendemos que, dentro de nuestro Estado de Derecho, es la Administración pública, que por su función de servicio a los intereses generales, la sociedad y el bien común⁸⁹, debe intervenir primeramente en estos aspectos.

No obstante, creemos también que es necesaria frente a tales prerrogativas, la existencia de un control que impida su transformación en poderes arbitrarios. De esta forma, a la luz de la consagración de los Tribunales Ambientales se refleja una búsqueda por obtener un sistema equilibrado, capaz de dar libertad a la Administración en el ejercicio de sus actividades, pero también vigilante en no permitir abusos de poder.

⁸⁹ Cfr. PONCE DE LEÓN, Sandra: “Notas sobre la discrecionalidad en la Administración del Estado”, en Eduardo Soto Kloss (coord): *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 195.

En consecuencia, el objetivo de éste capítulo es graficar la idea concebida inicialmente, que a simple vista se resume, por una parte, en la creación de un órgano dotado de competencias y autoridad, que venía a subsanar las falencias del pasado, la SMA, y por otro lado, la instauración de un Tribunal Ambiental que controlaría con criterios jurídicos y técnicos las decisiones adoptadas por la Superintendencia. Ello, nos otorga únicamente una mirada esquemática de la nueva institucionalidad, que ayudará a comprender cómo en la práctica ambos organismos han interactuado y si efectivamente la idea inicial se cumple al develar en detalle el rol que cada uno de ellos juegue en el sistema.

CAPÍTULO II. ESTÁNDAR DE REVISIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN MATERIA AMBIENTAL, UN ESTUDIO A LA LUZ DE LA EVOLUCIÓN DE NUESTRA INSTITUCIONALIDAD

1. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA, UNA POTESTAD PROTAGONISTA, CONTROVERTIDA Y CONTROLABLE

1.1. Discrecionalidad como herramienta relevante dentro del accionar de la Administración

A fin de realizar un estudio esquemático de la discrecionalidad administrativa, es necesario primeramente, puntualizar aquello que entendemos por Administración y el rol que desempeña dentro del Estado de Derecho, junto con destacar la relevancia de sus características y actos.

En general, el Derecho Administrativo suele definirse como un Derecho especial, formado por un equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de los ciudadanos⁹⁰. Aquel, se ocupa fundamentalmente de la estructura y funcionamiento de los servicios públicos, creados por el Estado para la satisfacción de las necesidades colectivas⁹¹. En este marco, se considera a la Administración, en palabras de PONCE DE LEÓN, como una institución pública legitimada por su función de asistencia de los intereses generales, destinada al servicio de la sociedad, del bien común y de dichos intereses de la comunidad, definidos previamente por normas jurídicas. Además, es una ordenación profesionalizada, capaz de realizar y gestionar con objetividad las actividades y servicios requeridos por el interés general⁹², siendo este, en efecto, el título que legitima su intervención en cada uno de los sectores de la vida social⁹³.

Ahora, para que los órganos de la Administración satisfagan dichos intereses, se les confieren *potestades administrativas*, cuya exorbitancia de contenido y fuerza coactiva sobre los ciudadanos, según FERRADA, se justifica en razón de su objetivo, permitiendo identificarlas como potestad-función. Se describen, al mismo tiempo como un privilegio y una carga, que adicionalmente determinan los poderes especiales entregados a la Administración estatal⁹⁴. Además, son instrumentos necesarios para que la Administración lleve a cabo su función de

⁹⁰ Cfr., CANO, Tomás: "Derecho administrativo sancionador", op. cit., p. 339.

⁹¹ Cfr., AYLWIN, Patricio: "Evolución y progreso del régimen jurídico de la Administración del Estado de Chile", en Pantoja (coord.): *Derecho administrativo 150 años de doctrina*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 159.

⁹² Cfr., PONCE DE LEÓN, Sandra: "Notas sobre la discrecionalidad...", op. cit., p. 195-196.

⁹³ Cfr., SUAY, José: "El derecho administrativo sancionador: Perspectivas de reforma", en *Revista de Administración Pública*, N° 109, Enero – abril 1986, p. 208.

⁹⁴ Cfr., FERRADA, Juan: "Las potestades y privilegios de la Administración pública en el régimen administrativo chileno", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XX, N°2, 2007, p. 76. Dentro de estas potestades, el autor destaca como más relevantes la reglamentaria, la de ejecución, la de revisión de sus actos y la sancionatoria, todas potestades exorbitantes de la Administración, que a la par implican una posición privilegiada de aquellas dentro del ordenamiento jurídico. (Los destacados son míos). De igual forma, DE LA FUENTE las concibe como potestad-función, pues se ejercen en función de un interés ajeno, en este caso el interés público. Cfr., DE LA FUENTE, Osvaldo: *Control judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*, Abeledo Perrot, Santiago, 2012, p. 53.

servicio a la comunidad⁹⁵, constituyendo un poder jurídico que comparte las características propias del poder público estatal, del cual la Administración es parte, relativas a su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo⁹⁶.

Conjuntamente, para el ejercicio de estas *potestades*, el ordenamiento concede a la Administración una serie de *privilegios*, que de igual forma tienen como fundamento el régimen especial, que le es reconocido a la Administración para la tutela de los intereses públicos⁹⁷. Pese a que su establecimiento, ha sido resistido por parte de la doctrina, argumentando que en ellos habría una contravención al principio de igualdad ante la ley y a ciertos derechos constitucionales en desmedro de los intereses individuales⁹⁸, creemos, en base a lo señalado, que su existencia es necesaria para que la Administración lleve a cabo correctamente su función administrativa, relativa a la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos. Asimismo, como se dijo en el capítulo I, la Administración está legitimada democráticamente, al menos de forma indirecta, pues está dirigida por el Gobierno, lo que junto a sus características estructurales que la dotan de agilidad, capacidad de reacción ausente en el Parlamento y medios humanos, técnicos y financieros de los que carecen los tribunales⁹⁹, instalan en ella, una base óptima para la entrega de tales potestades y privilegios.

Lo anterior, nos lleva a calificar de errónea la crítica enunciada, ya que si bien hay problemas vinculados a dichas potestades, en razón de que la Administración puede cometer abusos de poder, infracciones legales o desviaciones en sus fines¹⁰⁰, ello no radica en su existencia y amplitud, sino, como clarifica FERRADA, en los límites que deben operar en su ejercicio¹⁰¹. Ante ello, como señala el citado autor, la vigencia plena de estos poderes y privilegios requiere, en un Estado constitucional de Derecho, de una contrapartida que haga efectivos los derechos de los ciudadanos frente al poder, debiendo habilitarse mecanismos efectivos de control y garantía. Aquí, los procedimientos judiciales de control, dada la independencia orgánica de los jueces y al estricto apego a la legalidad, configuran a la justicia administrativa¹⁰², como el principal instrumento de control y balance de las prerrogativas de los órganos administrativos¹⁰³.

⁹⁵ Cfr., PONCE DE LEÓN, Sandra: “Notas sobre la discrecionalidad...”, op. cit., p. 196.

⁹⁶ Cfr., FERRADA, Juan: “Las potestades y privilegios de la Administración pública...”, op. cit., p. 76.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 78–88. Dentro de estos privilegios, encontramos la presunción de legalidad de los actos administrativos; la ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos y los privilegios procesales de la Administración Pública. (Los destacados son míos).

⁹⁸ Véase, SOTO KLOSS, Eduardo: *Derecho administrativo Temas Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 261–286.

⁹⁹ Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, op. cit., p.56.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 101.

¹⁰¹ Cfr., FERRADA, Juan: “Las potestades y privilegios de la Administración pública...”, op. cit., p. 79.

¹⁰² Además, la justicia administrativa posee una tutela cautelar, que constituye la contracara de las prerrogativas o potestades exorbitantes que tiene la Administración del Estado, donde la tutela de los intereses públicos o generales se equilibra con los derechos e intereses de los ciudadanos afectados por la actividad o inactividad de aquella. Cfr., FERRADA, Juan y SAGREDO, Pablo: “La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena: Fundamentos,

En lo que se refiere a la actividad jurídica de la Administración Pública, ésta se materializará a través de diversos instrumentos jurídicos, dentro de ellos, los contratos y actos administrativos. Los últimos, se definen como “la decisión de la Administración Pública con la que concluye el procedimiento administrativo, y que resuelve, con carácter imperativo y unilateral sobre la aplicación del ordenamiento jurídico respecto de uno o varios casos concretos¹⁰⁴”. Además, existirán tantas clases de actos, como criterios y perspectivas se quiera apreciar en ellos¹⁰⁵.

Así, según la naturaleza de la potestad ejercida, reglada o discrecional, tendremos actos reglados o discrecionales. La distinción apunta al grado de determinación del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica asociada a la norma. Esta clasificación, se basa en el principio de legalidad o más específicamente de juridicidad, recogido en nuestro ordenamiento jurídico a partir de los artículos 6 y 7 de la CPR. Este último, si bien establece como principio esencial la vinculación de la actuación de los órganos del Estado con la CPR y las normas dictadas conforme a ella, admite, en virtud del mismo ordenamiento, distintos grados o niveles de intensidad¹⁰⁶. De este modo, los actos reglados se expresarán en el mérito de las normas que regulan y predeterminan, de manera específica, la conducta y emisión de los mismos. Por tanto, la Administración frente al supuesto de hecho de la norma, debe adecuar su actuación a la conducta o consecuencia jurídica, preestablecidas en ella. En cambio, en los actos discrecionales actuará con mayor libertad, puesto que su conducta no está fijada en la norma, sino predeterminada genéricamente por la finalidad legal a cumplir¹⁰⁷.

Sin embargo, atrás quedó la frase de GIANNINI que afirmaba la existencia de un abismo entre ambas potestades¹⁰⁸. Pues, no existen actos cien por ciento reglados o discrecionales, pues siempre habrán, por un lado, elementos reglados, tales como la competencia o titularidad del órgano que dicta el acto, un procedimiento para emitirlo e incluso la finalidad, que para algunos¹⁰⁹ aún omitida, debe entenderse correspondiente al interés público, los cuales no quedan a la libre decisión de la autoridad administrativa¹¹⁰. En este sentido, CEA afirma que “lo correcto es referirse a poderes discrecionales en actos administrativos que son, en todo lo demás, siempre

regulación, limitaciones y desafíos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Universidad de Valparaíso, Vol. XLIV, Valparaíso, 2015, p. 338.

¹⁰³ Cfr., FERRADA, Juan: “Las potestades y privilegios de la Administración pública...”, op. cit., p. 88.

¹⁰⁴ BERMÚDEZ, Jorge: *Derecho administrativo general*, Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 141.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 15.

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ Citado por: BELTRÁN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 21

¹⁰⁹ En este sentido, PIERRY, Pedro: “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8, 1984, p. 163.

¹¹⁰ En este sentido, BERMÚDEZ, Jorge: *Derecho administrativo general*, op. cit., p. 142; SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 15 y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Editorial Civitas, Madrid, 1983, p. 25.

reglados¹¹¹”. Por otro lado, citando a GARCÍA DE ENTERRÍA “raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento de discrecionalidad¹¹²”.

Ambas potestades, han sido desarrolladas por la doctrina, pero la discrecional, como indica SAAVEDRA, se caracteriza por una mayor complejidad en su configuración técnico–normativa, no existiendo consenso acerca del elemento de la estructura lógico–formal de una norma administrativa en el que se ubique la discrecionalidad¹¹³. Empero, la doctrina no ha escatimado esfuerzos en aras a definirla, dotarla de fundamentos, recalcar su función y fijar sus límites.

Aquella, ha sido concebida por los administrativistas como “el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la administración, para que, en casos o situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales a los fines y medios previstos en ella¹¹⁴”. Entendiéndose, por BACIGALUPO, que aquello que la genera, es la *inexistencia* o la *imperfeción*, intencionada, del supuesto de hecho de su norma habilitante, debiendo la Administración establecer, en sede aplicativa, los presupuestos de su actuación¹¹⁵.

Ahora, dentro de sus aspectos configuradores más destacados y debatidos por la doctrina, resaltan la libertad y la comprensión de su ejercicio dentro del marco legal. Así, SÁINZ afirma que si bien la idea que entendía la decisión discrecional como aquella que permitía elegir entre dos o más soluciones legítimamente válidas para el Derecho, suele considerarse superada por la tesis que busca integrarla dentro del proceso de aplicación de la norma, dicha noción, de todas formas no elimina del concepto de discrecionalidad la nota de libertad de elección. Puesto que, según afirma, sin libertad no habría discrecionalidad¹¹⁶.

Por esta razón, parte de la doctrina, cuestiona su incorporación recurrente y amplia como atributo de los órganos administrativos, dado que, como veremos, su reconocimiento dentro del Estado de Derecho, hoy no se discute, esgrimiéndose incluso argumentos a favor de su consagración por parte de quienes buscan restringirla¹¹⁷, trasladándose el debate hacia la búsqueda de una mayor certeza en la configuración de sus límites y control.

¹¹¹ CEA, José: “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, N° 1, 1984, p. 12.

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, op. cit., p. 25.

¹¹³ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 1.

¹¹⁴ SALINAS, Carlos: “¿Legalidad en entredicho? Comentarios sobre discrecionalidad administrativa”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, N° 20, 2002, pp. 624 – 625.

¹¹⁵ Citado por: DE LA FUENTE, Osvaldo: *Control judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*, p. 62.

¹¹⁶ Cfr., SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976, p. 304. En este punto, según el autor, radicaría el problema teórico fundamental de la discrecionalidad administrativa, relativo a explicar de qué modo es compatible la libertad de elección con el principio de legalidad.

¹¹⁷ Por ejemplo, PIERRY pese al recelo que manifiesta frente a una consagración lata de la comentada potestad, indica que el otorgamiento de atribuciones cada vez más amplias busca posibilitar el cumplimiento eficaz, por parte de la Administración, de los propósitos impuestos por la sociedad actual, debido a que una regulación precisa y detallista, aun cuando significa un resguardo mayor de los intereses de los particulares, entraña el grave riesgo de paralizarla y producir consecuencias no deseadas. Cfr., PIERRY, Pedro: “El control...”, op. cit., pp. 162–163.

En este sentido, PIERRY cita una expresión de KAHN que si bien comparte, considera un tanto exagerada al concebir el poder discrecional “como una anomalía que no responde a las exigencias modernas de la democracia, ni a la racionalización del proceso de decisión”¹¹⁸, concluyendo que este se presenta como un poder ilimitado, omnipresente y omnipotente, siendo labor de la jurisprudencia reducir su dominio y reglamentar su ejercicio¹¹⁹.

Esta crítica, “al mayor espacio administrativo de configuración social de la Administración”, con el que CAMACHO identifica a la discrecionalidad administrativa, se enfoca en asimilarla como una pérdida o renuncia al Estado de Derecho, en miras a deslegitimar tal espacio y reducirlo al máximo¹²⁰. Pero, ¿hasta dónde es aceptable o legítimo reducir el ejercicio de esta potestad, sin afectar la consecución del objetivo para el cual fue prevista? ¿qué se busca con el otorgamiento de este margen de apreciación? ¿por qué se considera una potestad necesaria dentro del Estado de Derecho? ¿cuáles son sus fundamentos?

Al respecto, REYES señala que dotar a la autoridad administrativa de potestades discrecionales, es imprescindible ante factores como el dinamismo, oportunidad, eficacia y eficiencia en el cumplimiento de su rol instrumental al servicio de los administrados¹²¹, pues, como indica SÁNCHEZ MORÓN, la adecuación de la acción administrativa a las circunstancias cambiantes, exige una cierta flexibilidad, necesaria o conveniente para respetar la autonomía de la Administración, que a su vez, conforma aquel margen de libertad de decisión al cual hemos aludido. De todo ello, deriva la amplitud de sus potestades discrecionales¹²². Así, la satisfacción de los intereses de las personas demanda que sea equipada con herramientas que le permitan solucionar los problemas que la ley no puede prever en todas sus modalidades¹²³. Esto último, en vista de que las normas, por sí mismas, no pueden resolver todas las situaciones que caen bajo su ámbito de aplicación, ya que el Parlamento no puede regular, resolver o prever todas y cada una

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 183.

¹¹⁹ *Ídem*. Además, PIERRY concibe a la discrecionalidad como “la facultad de obrar libremente por la Administración sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho”. PIERRY, Pedro: “El control...”, *op. cit.*, p. 162.

¹²⁰ *Cfr.*, CAMACHO, Gladys: “La discrecionalidad administrativa en tela de juicio: notas para un reexamen de la cuestión”, en *Gaceta Jurídica*, N° 214, 1998, p. 14.

¹²¹ *Cfr.*, REYES, Jorge: *Invalidación de actos administrativos*, LexisNexis ConoSur, Santiago, 2002, p. 34.

¹²² *Cfr.*, SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, *op. cit.*, p. 109.

¹²³ *Cfr.*, REYES, Jorge: *Invalidación...*, *op. cit.*, p. 34. En la misma línea, PAREJO, primeramente destaca que “cada atribución de discrecionalidad a la Administración representa, en efecto, la generación de un espacio de modulación de las exigencias propias del principio de legalidad de la actuación administrativa, del pleno sometimiento de ésta a la Ley y al Derecho”. La explicación de dicha modulación, está en que el incremento de la complejidad, tecnificación, impredecibilidad, incontrolabilidad, interrelación y variabilidad de los procesos y las necesidades económico-sociales, que requieren para la obtención de soluciones basadas en conocimientos científicos y técnicos, de una Administración que cuente con zonas, planos, momentos y grados de libertad de apreciación y decisión. Por ello, afirma que un cierto grado de libertad se vuelve indispensable para el gobierno de la sociedad actual. En este contexto, concluye que el papel del Derecho Administrativo no consiste en una lucha contra aquel mal, sino en velar porque se mantenga dentro de los límites de lo necesario y se ejerza en términos razonables y justificables, cumpliendo con el sometimiento a las reglas de la Ley y el Derecho. PAREJO, Luciano: *Derecho...*, *op. cit.*, p. 624.

de esas decisiones públicas, por lo que requiere delegar esa función¹²⁴ a un ejecutor o aplicador, al que le otorga un margen de maniobra o decisión más o menos amplio¹²⁵.

De este modo, según CAMACHO, la actuación administrativa cumple un rol fundamental en el Estado de Derecho, pues la Administración constituye un poder público íntegramente al servicio de su realización, lo que sumado a sus características, la transforman en el poder público más idóneo para la realización de los intereses generales, sobre todo, cuando se trata de contextos sociales complejos, tecnificados y variables. Así, la aceptación de la discrecionalidad administrativa consolida al Estado de Derecho, lo que impone avocarse a perfilar sus límites¹²⁶.

En consecuencia, y siguiendo los postulados de SÁINZ, tal potestad, suele fundarse en dos argumentos. Por un lado, en la naturaleza de aquello sobre lo que se decide, como un criterio de importancia y dificultad técnica o valorativa, que sostiene la necesidad de la discrecionalidad, la cual se impone por la naturaleza de las cosas, como única forma de resolver cuestiones especialmente importantes y difíciles. Por otro lado, en la posición institucional de la Administración¹²⁷, aquí, en virtud del artículo 1 de la CPR, que responsabiliza directamente al Estado de la realización del bien común, al darle su promoción como finalidad, se entiende que este tiene como instrumento por excelencia, para la consecución de su función, a la Administración, que deberá para ello ser dotada con los medios necesarios¹²⁸.

Ahora, lo relevante de las apreciaciones que buscan reducirla, a nuestro juicio, es su preocupación por evitar que por medio de su ejercicio se adopten decisiones arbitrarias, transgresoras de las garantías de los ciudadanos y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ya que, si bien la discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos antagónicos, el actuar discrecional puede llegar a ser arbitrario, siendo por lo mismo, oportuno realizar precisiones terminológicas.

Según la Real Academia Española, una acción arbitraria es aquella que está sujeta a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón. CASSAGNE señala que “el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad¹²⁹”. En el mismo sentido, el TC citando a SOTO KLOSS, en el considerando vigesimoquinto de su sentencia, Rol N°

¹²⁴ Cfr., BELTRÁN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, op. cit., p. 43. Por ello, SALINAS expresa que la discrecionalidad constituye un elemento que reafirma la naturaleza general y abstracta de la ley, y a su vez la manifestación de una renuncia del legislador frente a determinadas situaciones, en las que no da por sí la solución, fórmula aplicable o precepto vinculante, reconociendo así su propia limitación que le impide regular cada situación con un margen pleno de *certeza*. Véase, SALINAS, Carlos: “¿Legalidad en entredicho?...”, op. cit., p. 626.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 25.

¹²⁶ Cfr., CAMACHO, Gladys: “La discrecionalidad administrativa en tela de juicio...”, op. cit., pp. 14 – 15.

¹²⁷ Cfr., SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad...*, op. cit., pp. 304 – 305.

¹²⁸ Cfr., CAMACHO, Gladys: “La discrecionalidad administrativa en tela de juicio...”, op. cit., pp. 11 – 12.

¹²⁹ Cfr., CASSAGNE, Juan: “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, en *Revista La Ley*, año LXXII, N°187, 2008, pp. 2- 3.

2253 del 31 de Agosto de 2012, entiende que “la discrecionalidad exige el uso de un arbitrio razonable y, en donde éste no se dé, esto es, en donde no concurra, habrá arbitrariedad, ausencia de razonabilidad y, por ende, acto nulo, viciado, contrario a derecho por desproporcionado, inidóneo, ineficiente, inoportuno”.

Por ello, la discrecionalidad debe necesariamente construirse, a juicio de FERNÁNDEZ, a partir del principio de interdicción de la arbitrariedad, que supone diferenciar aquello que es fruto de la mera voluntad o capricho de los administradores, de aquella decisión adoptada que cuenta con una fundamentación adecuada. Así, para no incurrir en arbitrariedades, la decisión discrecional debe, además de estar motivada, respaldarse y justificarse por los datos objetivos sobre los cuales opera¹³⁰, sujetándose además a ciertos límites, ya que su noción es indisociable de estos, entendiéndose que ante su ausencia, no es posible hablar de discrecionalidad¹³¹.

En vista de todo lo señalado, se ha entendido que el concepto de discrecionalidad ha evolucionado, configurándose como un margen limitado de libertad que no se concibe fuera del ordenamiento jurídico¹³², y que el legislador entrega a la Administración para que resuelva una situación determinada, creando, dentro del marco más o menos preciso de la Constitución y las leyes, la regla jurídica aplicable¹³³. En este sentido, CEA sostiene que la discrecionalidad es una facultad jurídica y no de hecho, pues está prevista, tasada y controlada por la ley que la otorga o por el mismo contexto del ordenamiento jurídico. Además, al estar sometida a la supremacía de la Constitución, es una actividad subconstitucional y sublegal¹³⁴. En este tenor, FERNÁNDEZ la concibe como una libertad limitada por el Derecho¹³⁵ y PIERRY destaca que “el sometimiento de la Administración a la Ley, concebido en términos genéricos, es su nota principal y esencial¹³⁶”.

1.2. Límites al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración

En conexión con lo expuesto, hoy, tal potestad ha dejado de contemplarse como un fenómeno o cuerpo extraño al Estado de Derecho¹³⁷. En nuestro país, el TC en la consideración 45 de su sentencia, Rol N° 2561 del 30 de diciembre de 2013, en virtud de la cual rechaza un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entiende que la discrecionalidad es expresión de la confianza necesaria que el constituyente y el legislador han depositado en los órganos del Estado para el cumplimiento de su función. De este modo, habiendo quedado clara su existencia legítima, la problemática recae en, como se ha dicho, dilucidar hasta dónde puede llegar

¹³⁰ Cfr., FERNÁNDEZ, Tomás: *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 95–99.

¹³¹ Cfr., BELTRÁN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, op. cit., pp. 49 – 50.

¹³² Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 10.

¹³³ Cfr., CAMACHO, Gladys: “La discrecionalidad administrativa en tela de juicio...”, op. cit., p. 10.

¹³⁴ Cfr., CEA, José: “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad...”, op. cit., pp. 9–12.

¹³⁵ Cfr., FERNÁNDEZ, Tomás: *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, op. cit., p. 107.

¹³⁶ PIERRY, Pedro: “El control de la discrecionalidad administrativa”, op. cit., p. 161.

¹³⁷ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad...*, op. cit., p. 2 y SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., p. 56.

constitucionalmente y cómo se articula su control judicial. Por ello, respecto a sus límites y control judicial, es menester, a modo de graficar sus perfeccionamientos y estados actuales, realizar una revisión histórica sintetizada de sus orígenes y evolución, que permitan entender sus configuraciones.

El principio de legalidad, (interpretado a la luz de la Ley 16–24 de agosto de 1790, post Revolución Francesa), que comprendía el principio de división de poderes como una separación radical entre la Administración y la Justicia, excluyendo la competencia judicial sobre todos los asuntos administrativos¹³⁸, fue concebido como una exención judicial de la Administración rotunda, radical y absoluta, que a su vez, determinó la suerte de lo que sería el contencioso-administrativo, que, de un mecanismo de control interno pasó a un heterocontrol, arbitrado por jueces. Esto, es relevante para entender la crítica que buscaba el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho, que por su parte, manifestó una constante resistencia a ser sometida a un control judicial absoluto, basándose en el principio de exención de control judicial sobre los actos administrativos discrecionales y en supuestas inmunidades de poder¹³⁹.

Para ello, fue necesario amarrar el ejercicio de las potestades discrecionales a diversos límites jurídicos, dentro de los cuales, SÁNCHEZ MORÓN distingue, a los de carácter sustantivo, competencial y a las garantías organizativas, procedimentales y formales. En este acápite desarrollaremos los de carácter sustantivo, que aluden tanto, a dos elementos reglados que concurren en toda decisión discrecional (los *hechos* en que ella se basa y el *fin* de interés público al que debe atender), como, al necesario respeto a los principios generales del Derecho, para finalmente, hacer mención a la motivación, que el citado autor incluye dentro de las garantías de tipo formal¹⁴⁰.

En primer lugar, dentro de los de carácter sustantivo, los *hechos determinantes* constituyen un límite, en virtud del cual la Administración debe ajustar su actividad a ellos, que son tal como la realidad los exterioriza, y no le es permitido inventarlos o desfigurarlos. Así, ante su inexactitud o inexistencia, la decisión discrecional adolecerá de un error de hecho que conllevará su invalidez. Por otro lado, su actuar discrecional también se verá limitado en razón de la *valoración o ponderación* de aquellos hechos. En este caso, debe considerarse que en la práctica existirán distintas posibilidades de valoración, en vista de la existencia de criterios técnicos o políticos, que sólo en algunas ocasiones la ley prescribe, bien de manera precisa o mediante conceptos indeterminados¹⁴¹. Volveremos a este punto, al tratar el control de los hechos.

¹³⁸ Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Las transformaciones de...*, op. cit., pp. 12 – 31.

¹³⁹ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, op. cit., pp. 18 – 22.

¹⁴⁰ Véase, SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., pp. 131 y ss. (Los destacados son míos).

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 133. (Los destacados son míos).

Se incluyen también como límite, dentro de los de carácter sustantivo, *los principios generales del derecho*. A grandes rasgos, estas disposiciones jurídicas básicas y de gran generalidad¹⁴², son graficadas como la condensación de los grandes valores jurídicos materiales, que constituyen el sustrato mismo del ordenamiento jurídico y de las experiencias reiteradas de la vida jurídica¹⁴³. Estimándose que, su respeto es clave para la conservación de la Constitución¹⁴⁴. Sobre esta base, SALINAS reconoce que el ejercicio de la discrecionalidad exige un mayor esfuerzo hermenéutico, por tanto, en el proceso interpretativo de su ejercicio, el órgano debe reflexionar no sólo en la finalidad que se persigue con la norma jurídica que interpreta, sino que también, debe tener una especial consideración por los principios que informan toda la ordenación jurídica administrativa¹⁴⁵.

Por último, ligada a las garantías formales, la *motivación*, supone que sin ella, el único sustento del acto administrativo sería la voluntad de quien lo adopta, apoyo insuficiente para sobrevivir en un Estado de Derecho¹⁴⁶, dado que de ella depende la legitimidad de ejercicio de todo poder¹⁴⁷. Por ello, ARÓSTICA señala que los “actos jurídicos unilaterales que afectan las situaciones de terceros deben bastarse a sí mismos, de tal modo que contengan todos los antecedentes o circunstancias de hecho y de derecho que los justifican¹⁴⁸”. La doctrina española distingue entre motivación y motivo, siendo la primera “la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo¹⁴⁹”, y los segundos, las condiciones y circunstancias de hecho y derecho que posibilitan y justifican la emisión de los actos administrativos en conformidad con el ordenamiento jurídico¹⁵⁰.

1.3. Técnicas de control, delimitadoras del alcance de la revisión judicial

Simultáneamente, al desarrollo de los límites al ejercicio de esta potestad, se fueron ideando técnicas para su control, rodeadas de un amplio debate doctrinal y, respecto de las cuales,

¹⁴² Cfr., CEA, José: “Hermenéutica constitucional, soberanía legal...”, op. cit., p. 7. (Los destacados son míos).

¹⁴³ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “El control de los poderes discrecionales de la Administración”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N° 17, 1975, p. 92.

¹⁴⁴ Cfr., CEA, José: “Hermenéutica constitucional, soberanía legal...”, op. cit., p. 7.

¹⁴⁵ Cfr., SALINAS, Carlos: “¿Legalidad en entredicho?...”, op. cit., p. 632.

¹⁴⁶ Cfr., FERNÁNDEZ, Tomás: *Discrecionalidad...*, op. cit., p. 96. (Los destacados son míos). FERNÁNDEZ, estima que lo no motivado es por ese sólo hecho arbitrario. En sentido opuesto, SÁNCHEZ MORÓN considera que tal afirmación es una exageración puesto que confunde (la forma con el fondo) la *motivación* –requisito puramente formal consistente en la exteriorización y explicitación de los motivos– con los *motivos* de la decisión –éstos son las razones sustantivas de la decisión discrecional– pues la falta de motivación formal, no implica que el acto carezca de razones incluso conformes a derecho. Por tanto, sostiene que la solución estará en que si el juez no puede, por ausencia o deficiencia en la motivación formal, averiguar los verdaderos motivos se verá imposibilitado de valorar si el uso de la discrecionalidad se ajusta o no a Derecho, por lo que deberá anular por infracción de las formas esenciales para que la Administración motive su decisión. Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., pp.152 – 153.

¹⁴⁷ Cfr., FERNÁNDEZ, Tomás: *De la arbitrariedad de la Administración*, Cuarta edición corregida, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 165.

¹⁴⁸ ARÓSTICA, Iván: “La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 10, 1986, p. 499.

¹⁴⁹ VERGARA, Alejandro: “La motivación de los actos administrativos”, en *Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional*, Santiago, 2002, p. 347.

¹⁵⁰ Cfr., ARÓSTICA, Iván: “La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno”, op. cit., p. 500.

indagaremos su configuración y alcances. Pero antes, es preciso mencionar el rol del control judicial dentro del Estado de Derecho, como se lleva a cabo y sus fundamentos.

Primeramente, CORDERO VEGA, indica que controlar jurídicamente la actividad administrativa “es una exigencia natural de un Estado que se proclama *de derecho*, porque somete a todos los poderes públicos al orden jurídico, con lo que se proscribire su arbitrariedad y limita estructural y funcionalmente sus posibilidades de actuación¹⁵¹”. Además, este control se funda en dos circunstancias, la primera, el rol institucional del Poder Judicial, respecto a la Administración, y la segunda, las garantías y derechos dispuestos en nuestra CPR¹⁵².

Este es reconocido, en palabras de CASSAGNE, como una labor que “no es mecánica ni exclusivamente técnica¹⁵³”, sino que más bien consiste en el arte “de impartir justicia teniendo en cuenta la armonización de los intereses individuales o colectivos de cada conflicto con el interés público, sin sustituir (...) la discrecionalidad política por la judicial, siendo tan pernicioso el control que paraliza la actividad estatal como el que la limita excesivamente con mengua de las garantías del Estado de Derecho¹⁵⁴”. Por ello, como indica SÁINZ al citar a EHMKE, la finalidad “no es lograr un control «máximo» de la Administración, sino un control «óptimo» que haga conciliar el interés de los ciudadanos en lograr una suficiente protección jurídica con el interés que los ciudadanos tienen también en que la Administración sea capaz de realizar sus prestaciones¹⁵⁵”.

Ahora, respecto a las técnicas de control judicial, uno de los autores que más las ha desarrollado ha sido GARCÍA DE ENTERRÍA, quien a lo largo de su trabajo denominado *Lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, las esquematiza bajo lo que denominó reducciones al dogma de la discrecionalidad. Primeramente, trata los *elementos reglados del acto discrecional*, relativos a la potestad misma, su extensión y la competencia para ejercerla¹⁵⁶, es decir, sobre elementos de la actuación administrativa en los que la norma no reconoce a la Administración un margen de apreciación discrecional, debiendo anularse el acto ante vicios evidentes y objetivos. SAAVEDRA, lo identifica desde un punto de vista histórico, con

¹⁵¹ CORDERO, Luis: *El Control de la Administración del Estado*, Legal Publishing, Santiago, 2009, p.17.

¹⁵² Cfr., OSORIO, Cristóbal: *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*, Legal Publishing, Santiago, 2016, p. 565.

¹⁵³ CASSAGNE, Juan: “La justicia contencioso-administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI”, en Cassagne, Juan (Director): *Procedimiento y Proceso Administrativo, Jornadas organizadas por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico. Facultad de Derecho. Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica. Pontificia Universidad Católica Argentina*, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 266.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 266–267. A la par, SÁNCHEZ MORÓN, reconoce que limitar dicho control de manera excesiva, puede traer consigo la mantención de decisiones desacertadas e injustas. Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., p.15.

¹⁵⁵ SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad...*, op. cit., pp. 242.

¹⁵⁶ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha...*, op. cit., pp. 25–26. (Los destacados son míos). Además, pueden incorporarse, dependiendo el caso, las formas determinantes para el ejercicio de la potestad y el fondo parcialmente reglado. PAREJO, incluye también el procedimiento y fin de la actuación administrativa. Cfr., PAREJO, Luciano: *Derecho...*, op. cit., p. 630.

el recurso por exceso de poder, que surge en Francia en el primer tercio del siglo XIX. Esta técnica es beneficiosa, pues otorga claridad, seguridad y certeza al juez al momento de aplicarla, sin embargo, al ser formalista deja fuera los elementos de fondo o sustantivos de la decisión¹⁵⁷.

En segundo lugar, la técnica de *desviación de poder*, comprende el fin del acto administrativo como un elemento reglado, pues la ley lo determina, y si la Administración se desvía de él, según GARCÍA DE ENTERRÍA, estaría cegando su fuente de legitimidad¹⁵⁸. Con esta técnica, a diferencia de la primera, es posible fiscalizar el contenido de la potestad, al cerciorar su correspondencia con el fin previsto en la norma. No obstante, tiene como desventajas, su dificultad probatoria, en vista del carácter subjetivo del vicio, y el riesgo de que el juez incurra en un rol moralizador, anulando actuaciones objetivamente ajustadas a la legalidad¹⁵⁹.

En tercer lugar, respecto, al control de los *hechos determinantes*, GARCÍA DE ENTERRÍA, afirma que la realidad como tal, es decir si se ha producido el hecho y cómo ha acaecido, no puede ser objeto de la discrecionalidad¹⁶⁰. Por ello, al momento de efectuar el control judicial, el juez verificará si los hechos, elementos o situaciones que la Administración tuvo por ciertas en su resolución, tienen o no existencia real. Aquí, SAAVEDRA citando a GARCÍA DE ENTERRÍA, PIERRY, entre otros, comprende tres modalidades básicas: control de la exactitud material de los hechos, control de la calificación jurídica de los hechos y control de apreciación de los hechos¹⁶¹.

1) La primera, supone que el juez fiscalice que los hechos determinantes, invocados por la Administración como fundamento de su acción, efectivamente hayan sido respetados¹⁶². Es decir, se trata de controlar “la efectiva existencia de los hechos y su fiel descripción fáctica mediante un relato que se corresponda con la realidad¹⁶³”.

2) La segunda modalidad de control, “forma parte de los poderes jurisdiccionales del juzgador, de modo que es el juez el que determina el Derecho aplicable a los hechos que da por

¹⁵⁷ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., pp. 105 – 108.

¹⁵⁸ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha...*, op. cit., p. 30. Además, señala que la doctrina francesa que desarrolló esta técnica, dadas sus posibilidades prácticas se ha volcado a otras técnicas más eficaces. (Los destacados son míos).

¹⁵⁹ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., pp. 108 – 112.

¹⁶⁰ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha...*, op. cit., p. 31. Indica que, pese a radicarse en dicha técnica una de las posibilidades más eficientes de control judicial de la discrecionalidad, su uso ha sido meramente casuístico. (Los destacados son míos).

¹⁶¹ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., p. 114. Al respecto, SÁNCHEZ MORÓN ha señalado que el control de los hechos determinantes, ha pasado de una mera *verificación de su existencia* a un control también de la *calificación jurídica* efectuada por la Administración, dándose luego un paso de enorme significación, hacia un control de la congruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica (*apreciación de los hechos*), lo que supone en la práctica un control de la racionalidad intrínseca de la decisión y no un control de los hechos como tales. Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., p. 21.

¹⁶² *Ibidem*, p. 115.

¹⁶³ BLANQUER, David: *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso – administrativa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 34.

probados¹⁶⁴”. Según PIERRY, destaca por su notoria “incidencia en la reducción del tramo de la discrecionalidad del acto administrativo¹⁶⁵”. Pese a que, durante mucho tiempo se afirmó por la doctrina que el control de legalidad era de derecho y las cuestiones de hecho debían ser apreciadas discrecionalmente, hoy se entiende que mediante esta técnica, se controlan tanto los motivos legales como los invocados, cobrando real relevancia en los últimos, pues si la ley señala expresamente los motivos (exactitud material de los hechos), por los cuales una decisión puede ser tomada, el control recaerá sobre un aspecto reglado de la decisión, sin afectar el poder discrecional de la Administración¹⁶⁶. Ante esto, PAREJO sostiene que tanto la existencia misma de los hechos como su subsunción legal, son susceptibles de un control judicial pleno¹⁶⁷.

3) Respecto a la tercera, SÁNCHEZ MORÓN, entiende que la valoración, a diferencia de la constatación de existencia de los hechos, no es un elemento reglado¹⁶⁸. En cambio, para GARCÍA DE ENTERRÍA esta valoración “*podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional*¹⁶⁹”, inclinándose por un control de la misma como elemento reglado del acto. Grosso modo, esto se relaciona con la mencionada ausencia de separación tajante entre potestades regladas y discrecionales, que nos conduce a desentrañar los límites del ejercicio de la facultad discrecional.

Para SÁNCHEZ MORÓN, la discrecionalidad implica un proceso *volitivo*, que comporta la necesidad de considerar criterios no estrictamente jurídicos a la hora de tomar decisiones, ya sean técnicos, políticos, de mera oportunidad o conveniencia (económica, social u organizativa), lo que no significa que sean elementos contrapuestos al Estado de Derecho¹⁷⁰, pues su uso siempre debe sujetarse a *límites jurídicos generales*, como el principio de interdicción de la arbitrariedad y el de proporcionalidad¹⁷¹. En el mismo sentido, BELTRÁN¹⁷² esgrime que en ella se emplean tanto criterios jurídicos, como aquellos que no se encuentran absolutamente predeterminados por la norma (elemento político), afirmando que la esencia de la decisión discrecional no está regulada por el Derecho, lo que no implica dejarla fuera del mismo, pues esta surge y es

¹⁶⁴ DEL RÍO, Carlos: “Los poderes de resolución y calificación jurídica en la doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos. Paralelismos con la situación chilena”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXII, N° 1, 2009, p. 204.

¹⁶⁵ PIERRY, Pedro: “El control de la discrecionalidad administrativa”, op., cit., p. 178.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 178 – 179.

¹⁶⁷ Cfr., PAREJO, Luciano: *Derecho administrativo...*, op., cit., p. 632.

¹⁶⁸ Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, op. cit., p. 133.

¹⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades...*, op. cit., p. 31. (Los destacados son míos).

¹⁷⁰ Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., pp. 114 – 115. (Los destacados son míos).

¹⁷¹ *Ibidem*, p.135. (Los destacados son míos). Ello, debido a que el empleo de la discrecionalidad no puede provocar consecuencias absurdas, manifiestamente injustas, desproporcionadas o irrazonables.

¹⁷² Como se puede observar, la discrecionalidad ha sido definida en atención diversos elementos. Por ello, consideramos relevante, hacer mención a la concepción que el citado autor ha acuñado. BELTRÁN a lo largo de su obra y citando la definición alcanzada por ALESSI, destaca el interés público o colectivo, *la falta de determinación precisa en la ley* y el margen de apreciación o libertad que tiene la Administración, a los que posteriormente añade el elemento político. A partir de esto, sostiene que la discrecionalidad sería una habilitación otorgada en términos flexibles, imprecisos y con nula o escasa densidad normativa, pues no está previamente programada por el Derecho, o lo está débilmente, siendo completada por el administrador mediante criterios no estrictamente jurídicos. Véase, BELTRÁN, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., pp. 45 – 46. (Los destacados son míos).

controlada por él¹⁷³, no siendo posible amparar en ella toda clase de decisiones, debiendo siempre sostenerlas en una sólida base racional, aun cuando sean fruto de una valoración de oportunidad¹⁷⁴. Por su parte, SÁINZ que reduce la discrecionalidad únicamente a los supuestos en los que la decisión se resuelve en aplicación de criterios no jurídicos (de naturaleza política), indica que el enjuiciamiento *jurídico* de la comentada potestad, quedará limitado únicamente al examen de los elementos reglados, dejando fuera el criterio político que sólo podrá enjuiciarse políticamente¹⁷⁵.

En vista de este escenario ¿cuáles son los alcances de esta técnica? SAAVEDRA, señala que sobre ella recae un debate doctrinal, que adquiere mayor ímpetu en lo que respecta al control de las potestades discrecionales, habiendo quienes exigen una revisión plena por parte del juez¹⁷⁶, mientras que otros, abogan por un control mínimo del juzgador.

PIERRY manifiesta que, cuando una norma jurídica otorga expresamente una facultad discrecional a la Administración, el juez en un principio sólo será competente para verificar las dos primeras modalidades, pues si controla la apreciación de los hechos (también denominados motivos de *oportunidad*), estaría sustituyendo la función administrativa. Sin embargo, podrá controlarlos en presencia de una causal especial de ilegalidad, el *error manifiesto de apreciación*, caracterizado por ser grave y evidente¹⁷⁷. De modo similar, SAAVEDRA, si bien cuestiona esta técnica de control¹⁷⁸, esgrime que el juez al emplearla puede realizar una revisión judicial de la

¹⁷³ Ibídem, pp. 47 – 48. Al respecto y a modo de reafirmar su postura, BELTRÁN cita también a autores como PÉREZ OLEA y NIETO. El primero, sostiene que la resolución discrecional rehúsa dejarse encorsetar en conceptos jurídicos y en premisas legales y apriorísticas, escapando de alguna forma del mundo del Derecho. El segundo es más radical, pues a su entender ni los actos discrecionales ni los políticos son jurídicos ni se mueven por los parámetros del Derecho. Además, deja en claro por medio de una sentencia del Tribunal Supremo español, de 1 de junio de 1987, que las decisiones discrecionales basadas en criterios extrajurídicos de oportunidad o conveniencia, no determinados por la ley, quedan a la libre consideración de la Administración debiendo la jurisdicción contencioso-administrativa controlar el criterio subjetivo empleado.

¹⁷⁴ Ibídem, p. 116.

¹⁷⁵ Cfr., SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos...*, op. cit., p. 312. (Los destacados son míos).

¹⁷⁶ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., p. 118.

¹⁷⁷ Cfr., PIERRY, Pedro: “El control de la discrecionalidad...”, op. cit., pp. 179–183. (Los destacados son míos). De igual forma, SÁINZ señala que en ese caso el control judicial debe estar presente, pues como indicó el Consejo de Estado francés, el abandono del control en estas materias implica el peligro de abrir una vía a la arbitrariedad, Cfr., SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos...*, op. cit., pp. 258–259. En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, clarifica que el control judicial no podrá, amparándose de manera abstracta en los principios ya citados, confundir su función con fiscalizaciones técnicas, políticas o de oportunidad sobre lo que conviene al interés público. Reconociendo únicamente como límite para la Administración, *el error manifiesto* en que ésta incurre al momento de valorar los hechos, habiendo abuso de la discrecionalidad cuando dicho error sea claro para cualquier persona razonable, mediante actividad probatoria suficiente o a través de una demostración sólida, firme y segura. Señala además, que “el control debe ser riguroso y prudente, pues de lo contrario deja de ser jurídico para deslizarse por la pendiente del decisionismo”. A mayor abundamiento, indica que en cualquier caso los límites de la discrecionalidad y los de su control no se pueden fijar a la perfección, pues por ejemplo nociones como error manifiesto o margen de apreciación son imprecisas. Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., pp.135–137. Por su parte, BERMÚDEZ respecto al *error manifiesto de apreciación*, señala que el control por esa vía deberá ser considerado en el caso concreto, no pudiendo señalarse *a priori* una fórmula que solucione de un modo genérico en qué casos se está en presencia de un error de esa naturaleza. Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XVII, 1996, p. 279. (Los destacados son míos).

¹⁷⁸ Señalando que, la evaluación que llevará a cabo el tribunal, para demostrar que la apreciación hecha por la autoridad administrativa es manifiestamente errónea, debe basarse en el expediente, recayendo sobre el la carga de la prueba, en el sentido de que solo le es lícito anular si el error de apreciación es manifiesto, notorio y evidente; si ha

decisión, siempre que esta adolezca de un evidente error de apreciación, sea manifiestamente irrazonable o cuando en el expediente o procedimiento no existan antecedentes que la avalen. En todo los demás casos, el control judicial, a su juicio, debe ser deferente con la decisión adoptada por la Administración¹⁷⁹.

Como cuarta técnica, *los principios generales del Derecho*, según GARCÍA DE ENTERRÍA, proveen extensas posibilidades de control, en vista de los diversos principios que forman el esqueleto que articula e inserta, las normas del Derecho administrativo, en un sistema jurídico fluido. Por ello, la Administración no podrá transgredirlos en nombre de la discrecionalidad¹⁸⁰ y el juez, al utilizarlos como parámetro de control deberá, según SÁNCHEZ MORÓN, ser cauteloso, evitando sobrevalorarlos, dada la abstracción propia de su contenido impreciso e inconcreto¹⁸¹.

En quinto lugar, se han utilizado como vía de control judicial, *los conceptos jurídicos indeterminados*. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ y SÁINZ, buscaron, basados en esta noción introducida por la doctrina alemana, reducir la discrecionalidad, argumentando que en ellos la Administración no posee libertad de elección entre pluralidad de soluciones justas, existiendo sólo una solución idónea para el caso concreto, pues estos expresan ideas rectoras de la decisión administrativa, no siendo fuente de discrecionalidad. Dentro de ellos, incluyen el interés público, ampliamente tratado en párrafos anteriores¹⁸². En esta línea, y considerando lo difícil que es controlar las potestades discrecionales, postulan que su reducción mediante esta técnica, implica un sometimiento completo al control judicial, pues ello, según SÁINZ, es lo esencial de estos conceptos¹⁸³. Por otro lado, BELTRÁN asumiendo el avance que su inclusión reporta, reconoce que su uso en categorías como el interés público, plantea dudas, dada la existencia de

sido capaz de rehacer el “iter procedimental” de la decisión adoptada a través de un examen exhaustivo del expediente y si ha contado con antecedentes o pericias técnicas que avalen su decisión anulatoria, de no estará sustituyendo una discrecionalidad legalmente atribuida a la Administración por una discutible discrecionalidad judicial. Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., pp. 119 – 120.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 185.

¹⁸⁰ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades...*, op. cit., pp. 44 – 48. (Los destacados son míos). Los principios según PAREJO, se adentran en la sustancia misma de la potestad discrecional y normalmente son empleados cuando las otras técnicas han agotado su virtualidad. Para su utilización, se basan en que la Administración no está sometida sólo a la ley sino al Derecho en su totalidad. Véase, PAREJO, Luciano: *Derecho...*, op. cit., p. 632. Por su parte, SAAVEDRA enumera dentro de esta técnica de control, principios como el: de igualdad, de interdicción de la arbitrariedad o razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, seguridad jurídica y el de confianza legítima. Véase, SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., pp. 120 – 153.

¹⁸¹ Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, op. cit., p. 139. En este sentido, el autor utiliza como ejemplo el uso del principio de interdicción de la arbitrariedad, a fin de recalcar que este no puede ser utilizado como fórmula multiuso, para que con sólo invocarlo o sobre la base de pruebas no concluyente, justificar cualquier falta de lógica externa o de coherencia interna de una decisión discrecional. Ante este escenario, reconoce la tendencia de utilizarlos como fórmula *passe par tout*, cometiéndose a su juicio exceso de jurisdicción, dado que en esfuerzos por apurar las técnicas de control de la discrecionalidad, sus límites quedan indefinidos. Véase, SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., p. 22 – 24.

¹⁸² Véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra...*, op. cit., pp. 32 – 42, SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos...*, op. cit., pp. 311 – 312 y 234 – 235 y FERNÁNDEZ, Tomás: *De la arbitrariedad...*, op. cit., p. 106. Este último señala que, estos conceptos han apartado de la discrecionalidad la mayor parte de supuestos con los que aquella se nutría. Para el autor, el interés general constituye uno de ellos, el que si bien es indeterminado *a priori*, constituye una técnica de normación con la que el legislador remite a la Administración a una única solución justa. (Los destacados son míos).

¹⁸³ Cfr., SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad...*, op. cit., p. 237.

zonas de penumbra en virtud de las cuales la Administración, gozando de un margen de apreciación, emprende acciones no cognoscitivas/objetivas sino valorativas/subjetivas, propias de su potestad discrecional¹⁸⁴.

Como última técnica a mencionar, el control de la *motivación de los actos administrativos* es estimada esencial, no únicamente porque su ausencia, como indica la CS en el considerando sexto de su sentencia, Rol N° 9025 del 09 de diciembre de 2015, “incide en la legitimidad de éstos al desatender el cumplimiento del deber jurídico que le asiste a la Administración en orden a motivar sus actos”, sino también, debido a que esta traspassa el ejercicio de varias de las técnicas anteriormente revisadas, ya que el tribunal al ejercer el control, empleará diferentes técnicas, las que muchas veces asociará. Tal es el caso de la jurisprudencia francesa, donde la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es incorporada como un supuesto más intenso, al control de los hechos, extendiendo el juez, al conocer de un recurso por exceso de poder, su examen a los motivos (de hecho y de Derecho), que constituyen su fundamento legal¹⁸⁵.

Concretamente, ¿cuál es el fin de esta exigencia y que implica en la práctica? Respecto a lo primero, la CS en el mismo considerando de la sentencia citada precedentemente, indica que su fin es “asegurar que sus actuaciones no se desvíen del objeto considerado por la normativa al conferir las respectivas atribuciones”. En relación a lo segundo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ señalan que la motivación implica necesariamente la *expresión* de motivos, cuestión fundamental a efectos del control jurisdiccional, pues como señala la CS, en el mismo considerando, “una deficiente exteriorización de las causas del acto implica un abuso del poder discrecional, que se aparta del fin público que permite validarlo y que puede ocultar incluso una desviación de poder”. Además, tal expresión debe ser *racional*, ya que la Administración tiene que señalar las razones que la impulsan a tomar sus decisiones, pues con ello hace desaparecer

¹⁸⁴ Cfr., BELTRÁN, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., pp. 38 – 42. En el mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN señala que no está claro si hay una diferencia *a radice* entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, además admite que si se acepta la existencia de un margen de apreciación en la Administración, que supone llevar a cabo aplicaciones distintas pero igualmente lícitas de un concepto, se pone en duda la existencia de una sola solución jurídica aceptable, Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., pp. 116 – 117. Conjugando ambas posturas, DESDENTADO señala que respecto de tales conceptos, por regla general, debe entenderse que no están sujetos a una discrecionalidad fuerte sino instrumental, siendo plenamente revisables y sustituibles por los tribunales, sin embargo, debido a la variada naturaleza de los elementos que los integran, cuando estemos ante conceptos jurídico-políticos (que conceden a la Administración la facultad de decidir lo que resulte más conveniente para el interés público), la Administración gozará de discrecionalidad fuerte, no siendo posible un control pleno y sustitutivo de sus actos. Cfr., DESDENTADO, Eva: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 26 y ss.

¹⁸⁵ A mayor abundamiento, el juez francés al controlar específicamente la apreciación de los hechos, se plantea el problema del control de la aplicación administrativa de los conceptos indeterminados. La cuestión aquí, radica en distinguir si la incorporación de estos conceptos en una norma, le otorgan a la Administración un poder discrecional, por ende no controlable judicialmente, o una competencia reglada que por el contrario si lo es. El Consejo de Estado francés entendió que al estar en el primer escenario, no sería competente para apreciar la *oportunidad* de las medidas, sin embargo, en el anhelo por un mayor control de la discrecionalidad si podría verificar la materialidad de los hechos que las motivaban y en caso de que tales hechos queden establecidos, investigar si legalmente pueden motivarla. No obstante, razonó que *l'Administration ne doit jamais s'appuyer sur des motifs matériellement inexacts*, por lo cual el control se realizaría en estas materia mediante el examen de los motivos de los actos. (Los destacados son míos, al igual que la traducción: La Administración nunca debe basarse en motivos materialmente inexectos). Cfr., SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos...*, op. cit., pp. 252 – 257.

cualquier atisbo de arbitrariedad y permite que los administrados puedan contradecir dichas razones. Finalmente, debe ser *suficiente*, dando razón plena del proceso lógico y jurídico que determina su actuar¹⁸⁶. SOTO KLOSS, recalca que la fundamentación del acto administrativo tiene base constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso 5°, cuya trasgresión implica la nulidad del acto, pues al carecer de sustentación normativa, lógica y racional, será un acto arbitrario¹⁸⁷.

Ante esto, ¿cuál es el fundamento jurídico de la motivación en nuestro Derecho? Aquella, posee base legal y constitucional, prescritas en los artículos 11 inciso 2°, 16 inciso 1° y 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880; en los artículos 9, 15 bis, 16, 18 bis, 20, 29, 30 bis y 30 ter de la Ley N° 19.300; en los artículos 3 letras i) y j), 47 inciso final, 48 y 54 de la LOSMA; el artículo 5 del artículo primero de la Ley N° 20.285 y finalmente, el artículo 8 inciso 2° de la CPR.

1.4. Control judicial, su resultado o naturaleza y alcance, intensidad o extensión

Primeramente, como precisa SAAVEDRA, aquello que los tribunales deben y pueden controlar judicialmente, no es la discrecionalidad sino su ejercicio, constatando que la decisión, a la cual arriba la Administración, haya sido adoptada en el marco de la legalidad, con respeto de los límites generales de toda actuación administrativa¹⁸⁸.

Ahora, para clarificar la naturaleza e intensidad del mencionado control, es ineluctable, distinguir –tal como lo ha hecho la doctrina– dos grandes vértices en las que se bifurca la discrecionalidad. A este respecto, se ha diferenciado la discrecionalidad interpretativa o instrumental de la estratégica o fuerte, caracterizándose la primera, por la indeterminación del lenguaje legal y por la presencia de conceptos jurídicos indeterminados (en específico, si aplica o no la zona de incertidumbre de estos), y la segunda, por no aparecer *prima facie* en la ley una solución unívocamente determinada, existiendo para la Administración, la posibilidad de elegir entre alternativas indiferentes jurídicamente, a consecuencia de una delegación consciente del legislador¹⁸⁹. DESDENTADO, por su parte, las cataloga según si el titular de la potestad realiza

¹⁸⁶ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, XV edición, Editorial Civitas – Thomson Reuters, 2011, Madrid, pp. 591 – 593. (Los destacados son míos). En la misma línea, FERNANDOIS y BARAONA, destacan que la Administración debe expresar los motivos en sus actos administrativos, ya que de no se afectaría la posibilidad de impugnar los hechos que resulten falsos. Cfr., FERNANDOIS, Arturo y BARAONA, Jorge: “La inexactitud de los hechos que fundamentan un acto administrativo ¿Constituye un vicio de nulidad?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año VII, N° 7, 2003, p. 85.

¹⁸⁷ Cfr., SOTO KLOSS, Eduardo: *Derecho administrativo. Temas Fundamentales*, op. cit., p. 353. Al respecto, la CS en innumerables sentencias argumenta que lo no motivado es por ese solo hecho arbitrario, en este sentido: Rol N° 5.732-2007 (El decreto alcaldicio impugnado no es arbitrario, pues se trata de un acto administrativo motivado), Rol N° 221-2010 (no es posible tildar a dicha actuación como arbitraria, pues claramente el acto administrativo de que se trata aparece exhaustivamente motivado), Rol N° 32.368-2014 (La arbitrariedad se habría producido por la falta de fundamento técnico y jurídico), Rol N° 20.018-2016 (el actuar de la COMPIN recurrida es arbitrario, ya que falta la necesaria fundamentación de su resolución de rechazo de la licencia médica), entre otras.

¹⁸⁸ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 75.

¹⁸⁹ Cfr., DE LA FUENTE, Osvaldo: *Control judicial de la Resolución...*, op. cit., pp. 60 – 61.

elecciones, sin disponer o disponiendo, de un ámbito de decisión propio, respectivamente¹⁹⁰, cuestión que, como veremos, incide directamente en el control judicial al cual serán sometidas.

En sintonía con lo preceptuado, ¿cuáles han sido las posturas de la doctrina respecto al resultado o naturaleza del control judicial? Primeramente, SAAVEDRA relaciona este punto con la densidad de la programación normativa, afirmando que si esta no es exhaustiva (como ocurre en las decisiones discrecionales), el control judicial debe limitarse a anular¹⁹¹. Por ello, en estos casos habrá, según DE LA FUENTE que sigue a BACIGALUPO, un control negativo, que impide al juez condenar a la Administración a adoptar una decisión específica, pudiendo únicamente anular y reenviar el asunto a la misma¹⁹². En este tenor, SÁNCHEZ MORÓN estima que un control judicial, meramente anulatorio contribuye a administrar mejor si determina, en cada caso, los límites jurídicos de la acción administrativa, sin sustituir el contenido de la decisión anulada, salvo que exista sólo una solución posible en Derecho¹⁹³.

En contraste con lo anterior, FERNÁNDEZ señala que la anulación puede, en ciertos casos ser suficiente, no obstante, en otros el restablecimiento de la situación jurídica del recurrente reclamará una compensación prescrita en la sentencia, cuya omisión estaría negando una tutela efectiva. Por ello, la sentencia debe reconocer los derechos vulnerados por el acto anulado y adoptar las medidas que sean necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica previa¹⁹⁴. Empero, BERMÚDEZ, esgrime que la autorización legal, para que el juez adopte tales medidas, no lo faculta a administrar, no pudiendo entenderse dichas potestades extensas de modo que justifiquen la sustitución de la Administración por parte del juez¹⁹⁵. Estas últimas líneas,

¹⁹⁰ Cfr., DESDENTADO, Eva: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, op. cit., p. 23. Conviene, desde ya, a efectos de entender el posterior análisis, dejar en claro la conceptualización que respecto de ambas desarrolla la autora. Por un lado, caracteriza a la discrecionalidad fuerte, como aquella que deja en la Administración la potestad de elegir el modo de proceder para alcanzar un fin de interés público, es decir, dispone con carácter final de la discrecionalidad, por lo mismo, sobre ella el tribunal ejerce únicamente un control negativo, que verifica si la Administración ha respetado los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, pudiendo, en caso de infracción, únicamente anular. Ejemplo de ella es la discrecionalidad administrativa, que aparece en el ejercicio de la función de administración directa. Por otro lado, la discrecionalidad instrumental es concebida como aquella en que la Administración no tiene, en virtud de la norma específica, un margen para realizar elecciones en función de lo que le parezca más conveniente para el interés público, debido a que éste ya ha sido apreciado y establecido por la norma, razón por la cual, el tribunal ejercerá un control positivo, sustitutivo y pleno de la decisión administrativa. Dentro de ella, se incluye la discrecionalidad jurídica, presente en el ejercicio de la administración indirecta, y a cuyo respecto la Administración no posee la decisión con carácter final sino los tribunales, que son los llamados a interpretar y aplicar correctamente las normas. DESDENTADO, Eva: *Los problemas...*, op. cit., *passim*.

¹⁹¹ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., pp. 85 – 89.

¹⁹² Cfr., DE LA FUENTE, Osvaldo: *Control judicial...*, pp. 65–66. En el mismo sentido, BELTRÁN siguiendo el criterio del Tribunal Supremo español, señala que, cuando haya una densidad o programación normativa bastante y el Derecho ofrece al tribunal pautas objetivas (casos en los que según entiende no hay discrecionalidad), podrá el juez válidamente sustituir la decisión. Cfr., BELTRÁN, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., p. 112. De esta forma, la programación normativa, se erige como un límite intrínseco al control y a su vez un límite a la atribución de potestades discrecionales, ya que si esta no cumple un estándar mínimo, no es posible efectuar el control judicial, afectándose el derecho a una tutela judicial efectiva. Cfr., DE LA FUENTE, Osvaldo: *Control judicial...*, pp. 72 – 73.

¹⁹³ Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad...*, op. cit., pp. 159–162. Igualmente, Véase, PAREJO, Luciano: *Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias: un estudio al alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.

¹⁹⁴ Cfr., FERNÁNDEZ, Tomás: *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, op. cit., pp. 110 – 111.

¹⁹⁵ Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: “El control de la discrecionalidad administrativa”, op. cit., p. 283. De igual forma, GARCÍA DE ENTERRÍA indica que el control no consiste en sustituir, sino en imponer a las decisiones el respecto a los

conforman la doctrina mayoritaria de nuestro país¹⁹⁶, que se refleja en gran parte de los cuerpos legales que integran nuestro Derecho¹⁹⁷ incluyéndose entre ellos la regulación de los Tribunales Ambientales.

De lo anteriormente expuesto, se desprende una limitación al resultado del control judicial, cimentada en el principio de división de funciones, en el entendido de que el poder judicial no está llamado ni capacitado para administrar, sino para dar efectividad al Derecho, debiendo respetar la posición constitucional de la Administración, que es la base mínima del sistema contencioso-administrativo¹⁹⁸. Sobre esto, como dispone PIERRY, se niega la posibilidad de que aquel control, sea de total sustitución, pues de ocurrir, el juez estaría suplantando al administrador¹⁹⁹. De esta forma, dicho principio, supone una condición de deferencia concerniente al respeto y cortesía recíproca, que se deben los distintos poderes públicos²⁰⁰, distinguiéndose, dentro de las tres dimensiones de la deferencia, como la epistémica, dado que sólo alude al respeto entre órganos²⁰¹.

Al respecto, CORDERO VEGA y TAPIA, señalan que si bien, el control judicial es una cuestión de grados, la dicotomía entre deferencia y no-deferencia, resulta útil como herramienta analítica, pues un control mínimo, supone que la judicatura rehúse considerar el mérito legal de la interpretación efectuada en la decisión de la instancia previa, otorgando al regulador, un amplio espacio de discreción en sus pronunciamientos. En cambio, un control sustitutivo, en su versión más extrema, implicará una no-deferencia, que, dada la completa sustitución de la decisión pasa a denominarse interferencia²⁰².

No obstante, CORDERO VEGA también recalca que la noción de deferencia hacia, en este caso la Administración, no significa inmunidad sino más bien, supone que las hipótesis de control deben ser determinadas, no bastando el mero desacuerdo (incluyéndose los relativos a preferencias valóricas), pues se parte de la base que la competencia para definir las políticas públicas en estas materias (por ejemplo el cuándo ocupar una sanción), está en manos de la Administración²⁰³. De igual manera, DE LA FUENTE, indica que “la deferencia hacia la Administración no permite concluir que existan espacios sin control judicial, por cuanto en

valores jurídicos sustanciales. Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, op. cit., p. 49. Adicionalmente, pese a lo señalado, FERNÁNDEZ esgrime que el control no consiste en eliminar el poder discrecional. Cfr., FERNÁNDEZ, Tomás: *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, op. cit., p. 94.

¹⁹⁶ En este sentido, CAMACHO, CORDERO VEGA, DE LA FUENTE, FERRADA, PIERRY, entre otro.

¹⁹⁷ Como excepción, está el reclamo de ilegalidad municipal, según el artículo 151 letra h) de la Ley N° 18.695.

¹⁹⁸ Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración*, op. cit., p. 34.

¹⁹⁹ Cfr., PIERRY, Pedro: “El control de la discrecionalidad...”, op. cit., p. 176.

²⁰⁰ Cfr., CORDERO, Luis: *El Control de la Administración del Estado*, op. cit., p.161

²⁰¹ Cfr., CORDERO, Luis: “Deferencia judicial y revisión ambiental”, en Seminario “La Justicia Ambiental en el Derecho chileno actual: análisis a tres años de su puesta en práctica”, Universidad Austral de Chile, 20 de junio de 2016.

²⁰² Cfr., TAPIA, Javier y CORDERO, Luis: “Revisión judicial de las decisiones regulatorias...”, op. cit., p. 31.

²⁰³ Cfr., CORDERO, Luis: “Deferencia judicial y revisión ambiental”, op., cit.

último término la autoridad siempre deberá rendir cuentas de sus decisiones según los límites constitucionales y legales que le impone el ordenamiento jurídico²⁰⁴”. En suma, como afirma VENTURA, tal respeto no impide el control efectivo de los actos administrativos, ni justifica una posición de la Administración por encima del Poder Judicial²⁰⁵.

Por consiguiente, cabe afirmar que un control puramente anulatorio, no obsta a que el tribunal efectúe una revisión exhaustiva de todos los aspectos que hayan sido ponderados por la Administración, en la toma de decisiones. De ahí que, en la presente tesis, una de las razones por las cuales hemos hecho mención al resultado o naturaleza del control, reside en la trascendencia de distinguirlo del alcance o intensidad del mismo, pues lo primero, puede quedar resuelto en base a la técnica legislativa que se estime conveniente, como ocurre en el caso de los Tribunales Ambientales, cuyo límite es prevenido en el artículo 30 de la Ley N° 20.600. Más, su intensidad, no trata sólo de una reglamentación positiva, cuando se quieren establecer límites, sino del estándar de control judicial que el organismo revisor adopte en la práctica jurídica, razón por la cual, su configuración vendrá dada por la jurisprudencia, siempre condicionada, por el respeto a los principios que informan el Estado de Derecho (como lo son el principio de juridicidad y de división de funciones), y a las normas que para el caso establezca el legislador.

Con estándar, estamos aludiendo al nivel de exigencia o exhaustividad con que el juez se aproxima, en el instante del control al acto administrativo, de modo que, como se puede inferir, un estándar más exigente conducirá a un control más intenso o de mayores alcances, gestando a su vez, en el controlado, un deber mayor de explicitación y fundamentación de sus resultados. En doctrina, es posible identificar, dos extremos, por un lado, el estándar amplio (revisión de mérito, que permite controlar prácticamente la totalidad de las circunstancias de hecho y derecho) y por otro, el de revisión de formas, cuyo sentido es más reducido²⁰⁶.

Ahora, el escenario, en virtud del estándar indicativo de la intensidad de la revisión judicial, deja de ser la deferencia epistémica, pues la mirada del juzgador se profundiza, configurándose el alcance, en torno a la idea, de que las decisiones de la autoridad administrativa son vinculantes para todos los intervinientes. Por tanto, el juez, sólo debe inmiscuirse cuando hay estándares de razonabilidad muy severos. Esta segunda dimensión, corresponde a la deferencia doctrinal, que

²⁰⁴ DE LA FUENTE, Osvaldo: *Control judicial de la Resolución...*, op. cit., pp. 124 – 125.

²⁰⁵ Cfr., VENTURA, Manuel: “Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho administrativo”, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 86. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/9518>. Cabe a este respecto destacar, la conceptualización de deferencia razonada del TC, desarrollada por ZAPATA, en razón de clarificar que implica para un tribunal el actuar deferente. Esgrime que este, no renuncia a pensar por sí mismo ni abdica de su rol contralor en beneficio de las decisiones adoptadas por los poderes de origen democrático, sino más bien, aquel debe analizar, detenida y reflexivamente, los actos emanados por ellos, pues, esta clase de deferencia, debe conciliarse con el más estricto y riguroso de los controles, constituyéndose así, en un resguardo eficaz contra el activismo jurisdiccional desbordado. Cfr., ZAPATA, Patricio: *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 229 – 230.

²⁰⁶ Cfr., TAPIA, Javier y CORDERO, Luis: “Revisión judicial de las decisiones regulatorias...”, op. cit., pp. 35 – 36.

opera ante la presencia de ambigüedades normativas, y cuyo origen se remonta a la sentencia del caso *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el año 1984²⁰⁷.

1.5. Especial mención a la discrecionalidad técnica, su estándar de revisión judicial y vinculación con el principio de deferencia

Numerosas han sido, a lo largo de la historia, las construcciones que entorno a su núcleo han pretendido especificar su contenido, no siendo posible en estas páginas abarcar la totalidad de ellas, habida consideración de los extendidos debates y discrepancias que a su alrededor aún persisten. En cierta medida, una de las obras que detalladamente la desarrolla, se titula *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, la cual da cuenta de este escenario al aseverar que su noción se destaca por la precariedad de su fisonomía y la falta de claridad, constituyéndose, en fuente de confusiones y usos impropios²⁰⁸.

DESDENTADO, erige como elemento clave, para dar una respuesta a si existe discrecionalidad administrativa de carácter fuerte, en la realización de apreciaciones y valoraciones técnicas, el clarificar que se entiende por tales. Con ese fin, expresa que ellas “consisten en una actividad de búsqueda de soluciones a problemas prácticos mediante la utilización de criterios técnicos, esto es, de conocimientos de saber especializado²⁰⁹”, configurándose como una actividad objetiva, contrastable intersubjetivamente y susceptible de falsación. No obstante, si bien los métodos científicos no proporcionan verdades absolutas e irrefutables, tampoco brindan opiniones puramente subjetivas, pues siempre deben otorgarse resultados justificados. Pese a ello, en los casos difíciles, “la Administración se verá obligada a ejercer su discernimiento en la elección y uso de los conocimientos específicos necesarios²¹⁰”, acción que a su entender, circunscribe dicha actividad, en lo que denomina discrecionalidad instrumental jurídico-técnica²¹¹.

Como se denota, el esclarecimiento de la noción de valoraciones técnicas, permite encasillar su actividad dentro de calificaciones, que al estar revestidas de un marco conceptual más definido, dan luces respecto al tratamiento que se le dará en el tópico que aquí nos convoca, el control judicial. En efecto, es evidente, considerando lo manifestado, que DESDENTADO defiende sin excepciones jurídicas plausibles, un control pleno y sustituto sobre esta clase de discrecionalidad, no existiendo por lo mismo *argumentos jurídicos* en contrario, pues los criterios

²⁰⁷ Cfr., CORDERO, Luis: “Deferencia judicial y revisión ambiental”, op., cit. (Los destacados son míos).

²⁰⁸ Cfr., DESDENTADO, Eva: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, op. cit., *passim*.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 61.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 64.

²¹¹ Su carácter instrumental, deriva además de lo ya señalado, de la dificultad de identificar de manera cierta una única respuesta verdadera; de que la presencia de una remisión a criterios técnicos por parte del ordenamiento, es indicativa de la intención de no atribuir a la Administración un ámbito de decisión propio y de la posibilidad de que el tribunal, al controlar haga uso de la prueba pericial, cuya valoración conforme a las reglas de la sana crítica, suple la falta de conocimientos técnicos necesarios en los jueces. *Ibidem*, pp. 61 – 66.

técnicos introducidos en las regulaciones jurídicas, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico, no siendo posible negar su carácter jurídico o excluir su control, so pena de cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva, excluir el principio de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho y vulnerar el monopolio jurisdiccional de los tribunales²¹².

Del mismo modo, pero más recientemente, FERNÁNDEZ, férreo opositor de la idea de asimilar las mencionadas valoraciones técnicas a cualquier clase de discrecionalidad, más aun cuando esta se apellide técnica, aboga por que los tribunales, reproduzcan sobre ellas, un tratamiento equivalente al otorgado a cualquier clase de valoración técnica²¹³. Ello, pues la estima como un “auténtico oxímoron, que proclama en el sustantivo inicial una libertad de decisión que el adjetivo que lo acompaña niega, porque un técnico, sea cual sea su especialidad, es, en cuanto tal, esclavo de la técnica que maneja²¹⁴”. Más aún, la cataloga como “falso concepto”, toda vez que con ella, se pretende excluir el control jurisdiccional, generando, por consiguiente, indefensión en los destinatarios de la misma²¹⁵.

En consecuencia, si el tratamiento de carácter genérico, efectuado por los tribunales frente a cualquier clase de valoración técnica, permite revocar decisiones en base a lo establecido por peritos, no existiendo, en dichos casos, críticas relativas a estar ante nociones de discrecionalidad técnica, y por lo mismo, no susceptibles de control, implica que, hacer extensivo dicho método a estos supuestos, supone reconocer que los jueces, valorando la consistencia de las razones expuestas según las reglas de la sana crítica, a través de pruebas documentales y/o parciales, pueden, en ciertos casos y por exigencia del Derecho Fundamental a una tutela judicial efectiva, sustituir la decisión administrativa que controla. Para ello, se basa en un control sobre la motivación de los actos, exigiendo que el juicio técnico, sea debidamente razonado, pues, de lo contrario, no podrá descartarse la arbitrariedad, siendo imposible discernir si tal juicio se motivó dentro de márgenes de apreciación tolerables según la rama del saber especializado. De este modo, el autor, eleva la regla de motivación al nivel de principio general²¹⁶, dada “la íntima e inescindible relación que la motivación, entendida como justificación de las decisiones, guarda

²¹² *Ibidem, passim*. Hemos destacado la frase *argumentos jurídicos*, ya que al final de su obra la citada autora afirma la posibilidad de que en ciertos casos, dadas sus particularidades prácticas, como ocurre en aquellos que envuelven un análisis económico del Derecho, influenciados con racionalidad económica o en aquellos en que se empleen criterios de política judicial, se arguya una exclusión del control judicial, pero que se sustenta en criterios no jurídicos, ya que los argumentos jurídicos siempre avalan un control pleno de la discrecionalidad instrumental jurídico – técnica. *Ibidem*, pp. 147 – 152.

²¹³ Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás: “La discrecionalidad técnica: Un viejo fantasma que se desvanece”, en *Revista de Administración Pública*, N° 196, 2015, p. 227. En la misma línea, véase: SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos...*, op. cit., pp. 267 y ss., y FERNÁNDEZ – ESPINAR, Luis. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 26, 2012.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 212.

²¹⁵ Ídem. Esta problemática, se ha predicado en una especie de juicios técnicos: los juicios pedagógicos y las declaraciones de aptitud o idoneidad profesional. De igual modo, FERNÁNDEZ – ESPINAR, señala que “la aplicación de la reiterada excusa de la «discrecionalidad técnica» constituye un recurso habitual de los tribunales para no entrar en realidad siquiera en el fondo del asunto”. FERNÁNDEZ – ESPINAR, Luis. “El control judicial...”, p. 222.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 215-227.

con el principio general de interdicción de la arbitrariedad (...) y la consiguiente proscripción de las decisiones carentes de una justificación racional y razonable²¹⁷”.

Ante tales posturas, SÁNCHEZ MORÓN, concuerda con que el Tribunal Supremo español, realice un control judicial profundo de la denominada discrecionalidad técnica, mediante un examen de motivación, que supone un análisis riguroso y exhaustivo de las razones que justifican su decisión (conocido en doctrina anglosajona como *hard look*), a modo de reducir o evitar el riesgo de error judicial, y a su vez, de someter a la Administración a un esfuerzo adicional de justificación. No obstante, rechaza, que en ausencia de elementos que demuestren un proceder arbitrario de la Administración (error patente o manifiesto), el órgano judicial sustituya la opinión de especialistas o expertos, a través de valoraciones de las pruebas presentadas, según las reglas de la sana crítica (en las que estaría expresando, un juicio personal o subjetivo). Ello, sobre la base de que el reconocimiento de esta clase de discrecionalidad, se fundamenta en la especialización e imparcialidad del órgano, lo que comporta una presunción *iuris tantum* de certeza o razonabilidad de sus actos, sólo limitada al evidenciarse un *error patente* en ellos²¹⁸.

De esta forma, para el citado autor, entre la opinión fundada, sobre la base de criterios objetivos de la Administración (que no sea manifiestamente errónea), y la opinión de un órgano judicial, fundada en las pruebas practicadas en el proceso, la balanza debe inclinarse dado un mero cálculo de probabilidades de acierto, hacia la Administración, pues ella, se encuentra más próxima a la realidad, al haber tramitado todo directamente. Por tanto, si bien el margen de apreciación técnica de tal discrecionalidad, está sometido a límites más rigurosos, ello no supone que dicho margen sea eliminado en favor de la sana crítica, empleada por el tribunal al momento de controlar²¹⁹.

En suma, tanto FERNÁNDEZ como SÁNCHEZ MORÓN, argumentan que, al controlar las decisiones administrativas emanadas del ejercicio, de lo que en doctrina y jurisprudencia se conoce comúnmente como discrecionalidad técnica, el tribunal hará uso de la sana crítica, como estándar de valoración de prueba, y de la técnica de control de motivación, para dilucidar si la Administración incurre o no en error manifiesto. Sin embargo, difieren notoriamente, en lo que dice relación con el resultado y la intensidad que comportará dicha revisión judicial.

Como se puede observar, la técnica de control ponderada, para los supuestos en que la Administración emplea, dentro de su razonamiento, conceptos técnicos y especializados, ha sido el control de motivos, cuya sagacidad, estriba en el estándar, de que se vale el juez al momento de

²¹⁷ *Ibidem*, p. 221.

²¹⁸ Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: “Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica”, en *Revista de Administración Pública*, N° 197, 2015, pp. 210 – 214.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 220 – 222.

revisar la decisión reclamada. Cuestión a la que se aludió concretamente en el apartado anterior, pero respecto de la cual es pertinente preguntarnos, ¿cómo debe ser concebida la deferencia para efectos de la intensidad o alcance del control judicial de la discrecionalidad técnica?

Como toda noción jurídica, la conceptualización de la mencionada deferencia doctrinal, tiene un devenir histórico, gestado, como se dijo, en el célebre caso *Chevron*. Al respecto, VENTURA afirma que han sido los elementos desarrollados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en específico, los emanados del citado caso, los que han permitido definir los límites de la deferencia, en torno a la razonabilidad de las construcciones jurídicas realizadas por las agencias administrativas, en relación con la norma habilitante²²⁰. Ello, pues la doctrina de la deferencia judicial, instaurada por dicha sentencia, estableció “un esquema que doctrinalmente fue calificado como de *two step system*: en primer lugar, debería verificarse la intención del legislador y, de no existir ésta o ser ambigua, verificar si la interpretación de la agencia era permisible²²¹”.

No obstante, como indica PÉREZ, con la incorporación de matizaciones y aclaraciones jurisprudenciales posteriores (*Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, año 1971; *Christensen v. Harris County*, año 2000; *U.S. vs. Mead Corp.*, año 2001, entre otras), se produjo un decaimiento de la doctrina de *Chevron*, pues en vez de incrementarse el nivel de deferencia hacia las actuaciones de las agencias administrativas, este más bien se redujo²²². Así, fue empleándose, para ciertos casos (muchos relacionados con la protección del medio ambiente), un *hard look*²²³, es decir, un control con mayor intensidad, realizándose por parte de los tribunales verificaciones estrictas del procedimiento seguido por las agencias y sus valoraciones conclusivas, además de examinar, si las distintas alegaciones y puntos de vista, plasmados en el expediente, fueron objeto de una atención razonable, sin que ello implique, en caso alguno, sustituir tal decisión²²⁴.

Como resultado, se estimó que existirían diferentes grados de deferencia, los que debían ser aplicados con ajuste al caso concreto y según sus diferentes envergaduras²²⁵. En definitiva, y coincidiendo con lo señalado por VENTURA, el estudio de la deferencia, alude al grado de importancia, peso y reconocimiento específico, que los jueces deben brindar a las valoraciones

²²⁰ Cfr., VENTURA, Manuel: “Deferencia y discrecionalidad, control judicial...”, op. cit., p. 87.

²²¹ PÉREZ, Jorge: “¿El ocaso de Chevron?: auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 184, 2011, p. 345.

²²² *Ibidem*, pp. 346 – 347.

²²³ Según, GONZÁLEZ-VARAS, este criterio también denominado del “rigor preciso”, sin embargo plantea el problema de determinación del grado de esfuerzo exigible a la Administración, para ello se aplica una regla denominada *rule of reason*, cuyo enjuiciamiento se reserva al propio tribunal, observándose si la labor administrativa realizada ha sido o no correcta. De este modo, ambas reglas, consiguen situar al control judicial por encima de un examen formalista sobre la posible omisión de un determinado trámite procedimental, ya que, ellas más bien afirman un examen de carácter judicial o de conjunto sobre las distintas actuaciones realizadas. El autor además recalca que este control es especialmente útil en aquellos casos en que existe una discrecionalidad técnica. Véase, GONZÁLEZ-VARAS, Santiago: “El criterio jurisprudencial norteamericano del “hard look” y el control de la discrecionalidad administrativa (en el medio ambiente)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 2, 2002, p. 418.

²²⁴ Cfr., SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, op. cit., pp. 77 – 79.

²²⁵ Cfr., VENTURA, Manuel: “Deferencia y discrecionalidad, control judicial...”, op. cit., p.35.

técnicas de la Administración, en el control judicial²²⁶. Por ello, y en vista de los problemas vinculados a la discrecionalidad técnica, la deferencia podría servir como criterio importante para establecer su control²²⁷, pues, sólo habrá razonabilidad en la valoración, fruto de la discrecionalidad técnica, si esta se ajusta razonablemente a la norma habilitante, al ordenamiento jurídico y no supone abuso de poder²²⁸.

De este modo, volvemos a lo que señalábamos en un inicio. La discrecionalidad, supone un margen de libertad, pero ésta debe ser “fruto y consecuencia de la razón²²⁹”, de lo contrario se transforma en arbitrariedad, carente de razonabilidad. Esto último, constituye uno de los principios que limita el actuar discrecional de la Administración, vinculado con la motivación de sus actos²³⁰, y supone, que el juez lleve a cabo, un test de razonabilidad, cuyo análisis se sitúa en un plano sustantivo, que busca corroborar que la decisión adoptada sea coherente – adecuada al fin de la norma-, y proporcionada²³¹, de esta forma, la “determinación de la razonabilidad implica analizar si se da una interpretación de la ley que sea permisible, o, lo que es lo mismo, válida²³²”.

En conclusión, la incorporación de elementos propios de la deferencia, al control judicial de la discrecionalidad técnica, permitirán que este sea adecuado y razonable, evitando abusos de poder, por parte de la Administración (con una consiguiente vulneración de la tutela judicial efectiva), pero sin que de ello resulte un activismo judicial que anule el raciocinio alcanzado por aquella.

2. JUSTICIA ORDINARIA, CONTROL IMPROVISADO COMO RESULTADO DE UNA JUSTICIA ADMINISTRATIVA DÉBIL Y POCO DESARROLLADA

2.1. Necesidad de revisión de los actos emanados de la Administración

Ha quedado claramente establecido, en líneas precedentes, la necesidad del control judicial hacia la Administración, por lo que no es objeto de este apartado ahondar en ello, sino más bien, reflejar como esta necesidad ha influido en la consagración de contenciosos administrativos.

Al respecto, la evolución de la justicia administrativa en nuestro país, se ha caracterizado, por la ausencia de un contencioso especializado de general aplicación, pues como se sabe, si bien la Constitución de 1833 reconoció en un inicio tal competencia al Consejo de Estado, ella fue

²²⁶ *Ibíd.*, pp. 48 y 84.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 50.

²²⁸ *Ibíd.*, p. 88.

²²⁹ ALARCÓN, Pablo: *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Editorial jurídica ConoSur, Santiago, 2000, p. 6.

²³⁰ *Ibíd.*, pp. 26 – 28.

²³¹ Cfr., SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 132.

²³² VENTURA, Manuel: “Deferencia y discrecionalidad, control judicial...”, op. cit., p. 27.

suprimida por una reforma constitucional. Luego, en la Constitución de 1925, se consagró la separación e independencia de los poderes públicos, excluyéndose, del Poder Judicial la revisión de los actos administrativos y estableciendo en su artículo 87, alusivo a los “tribunales administrativos”, que la plenitud de la jurisdicción contencioso administrativa recayera en ellos, los que sin embargo, nunca se crearon. Posteriormente, la Constitución de 1980 si bien no fijó las bases para un sistema general o especial de contencioso administrativo, en virtud del plebiscito de 1989, se eliminó la frase “contencioso administrativo” del artículo 38 inciso 2°, quedando exclusivamente la frase “tribunales que determine la ley”, lo mismo en el artículo 79, dejándose, por defecto, en los tribunales ordinarios el conocimiento de todas las acciones administrativas²³³.

De este modo, como recalca COSTA la revisión de los actos administrativos fue dejada en la orfandad, invocándose su vista a través de acciones creadas por la doctrina, como la Nulidad de Derecho Público, o por vías que no habían sido instauradas con esos fines, como el RP, formulándose siempre, dentro de su argumentación, el principio de inexcusabilidad. Pese a ello, los tribunales siguieron, en un inicio, siendo deferentes, cuestión que cambió al hacerse más patente la demanda de revisión, sobre todo en vista de la posición mejorada de la Administración en la toma de decisiones, formulándose, que la solución a esta necesidad de control, estaría en la creación de tribunales administrativos especiales²³⁴.

Respecto a esto último, VERGARA coincide con COSTA, en razón de entender, que la deferencia, empleada de modo tal en que los jueces “basados en la mera transcripción literal de una potestad legal de un órgano administrativo, suelen, sin más fundamento ni análisis de los hechos, rechazar *a limine* acciones y recursos anulatorios, sin siquiera ponderar la discrecionalidad con que, en tales casos, haya actuado la administración²³⁵”, cuestión que constituye una actitud perniciosa, contraria al mandato constitucional del juzgamiento efectivo de la Administración y configuradora de una denegación de justicia. Ante esto, VERGARA esgrime como solución, tanto para el activismo como para la deferencia (dos opciones que considera extremas y antidemocráticas), una postura principialista, que insta una función judicial coherente con la democracia, en virtud de la cual, los jueces idealmente especializados, deben observar todas las fuentes democráticas del Derecho, según el caso, ya sean reglas o principios (haciendo especial énfasis en los últimos)²³⁶.

No obstante, AYLWIN, de todas formas enfatizó que uno de los puntos pendientes, en Derecho Administrativo, sigue siendo el perfeccionamiento del régimen de lo contencioso-

²³³ Cfr., VERGARA, Alejandro: “Esquema del contencioso administrativo: Su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del Recurso de Protección”, en *Colección Estudios de Derecho Público Primer Seminario de Litigación Pública Universidad de los Andes*, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 40 – 42.

²³⁴ Cfr., COSTA, Ezio: “Los Tribunales Administrativos Especiales en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXVII, N°1, 2014, pp. 155 – 156.

²³⁵ VERGARA, Alejandro: “Los jueces en la era del derecho democrático...”, op. cit., p. 10.

²³⁶ *Ibidem*, op. cit., pp. 10 – 11.

administrativo, pues aun reconociendo la importancia del establecimiento de recursos y tribunales especiales, falta la consolidación de un régimen más integral y sistemático²³⁷.

2.2. Rol del Recurso de Protección previo a la Ley 20.600

Como indica FERRADA, la ausencia de una normativa que regulase tribunales y procedimientos judiciales especializados de control de los actos de la Administración, llevó a gran parte de la doctrina y jurisprudencia, a declarar la incompetencia de los tribunales ordinarios en estas materias, cuestión que motivó a diversos autores a ver en el RP, un mecanismo idóneo para superar dicho vacío competencial, de manera tal de obtener, tanto, la protección constitucional de los Derechos Fundamentales, como un contencioso-administrativo por excelencia, para nuestro Derecho²³⁸. De esta forma, como coincide nuestra literatura jurídica, el RP, se erigió como el mecanismo ordinario de impugnación de la actividad administrativa²³⁹, desarrollándose a su vez, como herramienta clave para tal efecto respecto de las RCA²⁴⁰.

Este reconocimiento, se refleja a su vez, en el explosivo crecimiento cuantitativo que experimentó su uso, dentro de sus primeros 29 años, demostrándose, mediante un detallado estudio estadístico realizado por CARMONA, un crecimiento equivalente a 7.200%, en dicho periodo. Donde la gran mayoría (el 63, 58%), eran interpuestos por particulares en contra de algún órgano del Estado, convirtiéndose así, en el principal contencioso-administrativo²⁴¹.

De este modo, como argumenta CORDERO VEGA, su empleo, como medio de impugnación de los actos administrativos, especialmente, para cuestionar su validez, lo condujo a pronunciarse, no sólo, sobre las vías de hecho en sede administrativa, sino que también a declarar su nulidad, transformándose, en una instancia de revisión de la legalidad de la actuación administrativa. Ello, según indica, trajo consigo diversos problemas, por un lado, la fundamentalización de los conflictos entre la Administración y los particulares –al ser necesario invocar un derecho constitucional para recurrir en dicha sede–, y por otro, el que la condición cautelar deje de ser transitoria pasando a ser una decisión de fondo del asunto, pero sin generar el efecto de cosa juzgada material, sino sólo formal, pues, dicho procedimiento cautelar no tiene forma de juicio²⁴².

²³⁷ Cfr., AYLWIN, Patricio: “Evolución y progreso del régimen jurídico...”, op. cit., p. 165.

²³⁸ Cfr., FERRADA, Juan: “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, en Ferrada (coord.): *La Justicia Administrativa*, Lexis Nexis, 2005, p. 135.

²³⁹ Cfr., CORDERO, Luis: “Precaución y Recurso de Protección. Sobre los alcances de la sentencia de la Corte Suprema en el caso construcción Tranque el Mauro (2013) y su relación con el sistema de impugnación de decisiones ambientales”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, 2014, p.345. De igual forma, lo conciben FERRADA, SOTO KLOSS, CARMONA, BORDALÍ, CAZOR KAMEL, entre otros.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 367.

²⁴¹ Cfr., CARMONA, Carlos: “El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003”, en Ferrada (coord.): *La Justicia...*, op. cit., pp. 185, 191 – 192

²⁴² Cfr., CORDERO, Luis: “Precaución y Recurso de Protección...”, op. cit., p. 346.

Tales dificultades, fueron ampliamente advertidas por la doctrina. Pues, como señalaron, BORDALÍ, CAZOR y FERRADA, la transformación del RP en un medio de impugnación ordinario de la actuación administrativa, prescindió de la existencia de Derechos Fundamentales comprometidos, ampliándolo a áreas no previstas por el constituyente, convirtiéndolo en un mecanismo de control de juridicidad de la actuación administrativa, afectando, con ello, la urgencia, excepcionalidad y esencialidad de su tutela²⁴³. ALDUNATE, acusó que tal expansión de sentido, de los derechos constitucionales por medio del RP, llegó al punto de provocar que su catálogo, dejase de constituir el núcleo fundamental e inviolable de la dignidad humana, mutando en una suerte de sitio eriazos donde, como señala, es posible encontrar casi cualquier cosa²⁴⁴.

Ante este escenario, ZÚÑIGA asevera que dados los límites del RP, en virtud de su naturaleza y fines, que lo orientan a restituir el estado de cosas con objeto de asegurar el imperio del Derecho y Derechos Fundamentales, sólidos y ciertos, no es la vía procesal impugnatoria idónea para resolver cuestiones técnicas o complejas, encomendadas por ley a órganos técnicos de la Administración, de lato conocimiento, y que por lo mismo, no son objeto de acciones cautelares sino declarativas²⁴⁵. Pese a existir consciencia de tal situación, el espacio procesal del RP, como postulan FERMANDOIS y CHUBRETOVIC, cuando aún no se creaba la nueva institucionalidad ambiental, era evidente, concibiéndose como herramienta única, eficaz y casi exclusiva para la protección de los Derechos Fundamentales, comprometidos en el área laboral, tributaria y medioambiental²⁴⁶.

Conforme a lo anterior, y a la luz del comportamiento adoptado por la CS, la doctrina, entre ellos CORDERO VEGA, ha observado una evolución en el tratamiento jurisprudencial del RP Ambiental a lo largo de los años, identificando tres etapas²⁴⁷. La primera de ellas, transcurre desde el año 1997 a 2009, caracterizándose por una actitud de deferencia hacia la autoridad administrativa, al interior del SEIA, argumentando que, al ser sus competencias propias de su discrecionalidad técnica, una postura no deferente, produciría una especie de sustitución de sus actos²⁴⁸ (fenómeno que se reconoce como deferencia experto). En este periodo, la CS sostuvo que los conflictos ambientales, al interior del SEIA, al ser cuestiones de lato conocimiento, no podían

²⁴³ Cfr., BORDALÍ, Andrés; CAZOR, Kamel y FERRADA, Juan: “El recurso de protección como mecanismo de Control jurisdiccional ordinario de los actos Administrativos: una respuesta inapropiada a un Problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIV, 2003, p. 68.

²⁴⁴ Cfr., ALDUNATE, Eduardo: “La desconstitucionalización de la Constitución”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXII, 2001, p. 32.

²⁴⁵ Cfr., ZÚÑIGA, Francisco: “El Recurso de Protección y sus límites. A propósito de las “cuestiones técnicas”” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 14, N°2, 2007, p. 143. Ello, añade ZÚÑIGA, sin perjuicio de admitir por esta vía procesal la corrección o enmienda de actos materiales y formales, positivos y negativos, palmariamente antijurídicos o simplemente actos inscritos en una antijuridicidad desnuda o “vía de hecho”. Cfr., ZÚÑIGA, Francisco: “El Recurso...”, op. cit., p. 134.

²⁴⁶ Cfr., FERMANDOIS, Arturo y CHUBRETOVIC, Teresita: “El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, 2016, p. 61.

²⁴⁷ Cfr., CORDERO, Luis: “Precaución y Recurso de Protección...”, op. cit., p. 368.

²⁴⁸ Cfr., CORDERO, Luis: “Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, 2012, p.359.

ser resueltos mediante Recursos de Protección, sino, a través de la Administración, dado que ella es la autoridad técnica llamada a dirimir, en vista de su configuración institucional y del personal especializado con el que cuenta²⁴⁹.

La segunda, comprende el periodo que abarca desde el año 2009 al 2012. Aquí, como indica, CORDERO VEGA, la CS sostiene que pese a ser una decisión técnica de la Administración, ella puede revisar sus presupuestos procedimentales que constarán en el expediente administrativo, realizado lo que se conoce como un control intenso de la discrecionalidad administrativa²⁵⁰. Se da inicio a esta etapa, con el caso *Campiche*, cuya tesis es reproducida igualmente en el caso *Castilla*, en virtud de la cual, el juez controla las decisiones técnicas ambientales de la Administración, cuando aquellas no se ajusten a las reglas de procedimiento o validez de los actos administrativos, utilizando estándares de procedimiento administrativo y ponderando tanto los supuestos ambientales como las reglas que sirvieron de base para su adopción²⁵¹. Para GUILOFF, ello implicó un giro significativo de la CS, que ahora se veía a la RCA como relevante dentro del ámbito administrativo, debiendo siempre quedar sujeta al control jurisdiccional vía RP, pues, la naturaleza compleja o integrada del procedimiento administrativo en el que se dicta, es una razón que refuerza y no que aminora su revisión judicial²⁵².

²⁴⁹ Cfr., CORDERO, Luis: “Precaución y Recurso de Protección...”, op. cit., p. 368. Destacan en esta época, la jurisprudencia de los casos *Trillium* e *Itata*. Con el primero, a juicio de GALINDO se uniformó el control jurisdiccional realizado a los actos administrativos con contenido ambiental a través del RP, al sostenerse que el tribunal, llamado a conocer del RP, debe abocarse estrictamente a analizar si el acto u omisión que se imputan son o no arbitrarios y/o contrarios a la ley, no debiendo formar parte de su pronunciamiento lo relativo a las bondades técnicas del proyecto. En el segundo, la CS revoca el fallo de la CA que acogió el RP impetrado contra resolución que calificaba favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Complejo Forestal Industrial Itata, afirmando en su considerando primero que el RP “*constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar (...) destinado a garantizar derechos preexistentes*”, para luego añadir en su considerando cuarto que el fundamento de esta acción “*no es la perpetración de algún acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o atente contra el ejercicio de las garantías constitucionales (...) puesto que se cuestiona la apreciación contenida en una Resolución que se limita a calificar favorablemente un proyecto de orden industrial; autorización o informe que constituye tan sólo uno de los numerosos eslabones que deben preceder a un proyecto*”. Cfr., GALINDO, Mario: “El ‘Caso Itata’: Sobre el Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad Técnica a través del Recurso de Protección”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N°1, 2002, pp. 151 – 157 y 181. (Los destacados son míos).

²⁵⁰ Cfr., CORDERO, Luis: *Estudio preliminar Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?*, en *Jurisprudencia ambiental casos destacados*, Segunda edición actualizada, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. LXV.

²⁵¹ Cfr., CORDERO, Luis: “Corte Suprema y Medio Ambiente...”, op. cit., p. 360. La CS en el caso *Campiche*, rechaza el alzamiento del Recurrido y confirma la resolución que acogió el RP interpuesto por los vecinos en contra del permiso otorgado por la COREMA de Valparaíso a Empresa Eléctrica Campiche S.A que pretendía construir una central termoeléctrica. En su considerando tercero, señala que “*conviene dejar asentado que la Resolución en que culmina el proceso de evaluación de impacto ambiental de un proyecto (...) y que lo califica favorablemente, resulta ser vinculante para todos los organismos del Estado, los que no podrán denegar las autorizaciones ambientales pertinentes (...). En atención entonces a la trascendencia de sus decisiones en el ámbito administrativo, la recurrida queda sujeta al control jurisdiccional por la vía de la presente acción cautelar si en ellas se incurriera en ilegalidad al pronunciarse sobre un determinado proyecto de impacto ambiental, como sucede si sus resoluciones no se ajustan a la ley o a la normativa reglamentaria que está obligada a respetar conforme lo dispone el artículo 13 de la ley, o se resuelve en forma arbitraria, esto es, al margen de lo razonable*”. Finalmente, concluye en su considerando noveno que “*la eliminación ilegal de un uso de suelo para áreas verdes en una localidad afectada por la alta emisión de contaminantes provoca un menoscabo evidente al entorno en que viven los recurrentes vulnerando su derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”. (Los destacados son míos).

²⁵² Cfr., GUILOFF, Matías: “Campiche: Es revisable la Resolución de Calificación Ambiental”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, 2010, p. 215. (Los destacados son míos).

Frente a este panorama, GARCÍA y VERDUGO consideraron que, detrás de las sentencias de la CS, había un notorio activismo judicial, catalogándolas como maximalistas, al buscar resolver un problema general más que el caso concreto. A su juicio, esto ocurrió en el caso *Castilla* al aplicarse estándares más rigurosos, en términos de obligaciones, que los exigidos por ley y los utilizados por la autoridad administrativa competente y experta, pasando a llevar, el estándar de revisión judicial de deferencia a experto, o de respeto a la discrecionalidad técnica de la Administración, además de aplicar, de manera excesivamente discrecional, ciertos principios²⁵³.

CORDERO VEGA, discrepa con esta postura, pues el control se justifica en razón de la consagración del procedimiento administrativo²⁵⁴, ya que, lo único que ha hecho la CS, es mirar los casos asociados a la regulación ambiental con los anteojos de la teoría del Derecho y el procedimiento administrativo, reconociendo que si bien los órganos administrativos ambientales son expertos, ella también lo es, pero en Derecho Público, por lo que, insistir en la presencia de activismo, conlleva persistir en los errores de diagnóstico e implementación de adecuadas políticas públicas en materia ambiental²⁵⁵.

Finalmente, el tercer momento, que jurisprudencialmente se visualiza en las sentencias de *Bocamina II* y *Castilla II*, iniciado el año 2012, se caracteriza, a diferencia del segundo, por la aplicación, por parte de la CS, de un criterio de control sustantivo de las decisiones, haciendo uso de principios de derecho ambiental material, tales como la prevención y la precaución. No obstante, el cuestionar las medidas de carácter técnico, justificándose en la protección de Derechos Fundamentales²⁵⁶, provocó que la CS adoptara decisiones técnicas más allá de la nulidad del acto, sustituyendo a la Administración, a pretexto de interpretar una cláusula legal²⁵⁷.

Respecto a esto último, es clarificadora la postura de URRUTIA, quien propugna por un control que haga uso de todas las herramientas propias del Derecho administrativo, en tal sentido, no debe limitarse el uso de principios, pues la misma institucionalidad ambiental (en específico el SEIA), tuvo como uno de los principios fundamentales en su origen, la prevención, por lo que el control judicial debiera ir más allá de la deferencia epistémica, a que se aludió, pero sin que ello implique reemplazar la decisión discrecional administrativa. Por tanto, ratifica que controlar

²⁵³ Cfr., GARCÍA, José y VERDUGO, Sergio: *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los Jueces?*, Editorial Libertad Desarrollo, Santiago, 2013, pp. 66 – 67. (Los destacados son míos). Estimamos, a la luz de lo preceptuado por VERGARA, que entender el activismo de esta forma constituye un error, pues controlar a la Administración no sólo es perfectamente legítimo, sino que es esencial para la separación de poderes, uno de los valores esenciales de nuestra democracia. Debiendo entenderse, por el contrario, que habrá activismo cuando el juez incorpore en la sentencia sus puntos de vista personales. Cfr., VERGARA, Alejandro: “Los jueces en la era del derecho democrático...”, op. cit., p. 9.

²⁵⁴ Cfr., CORDERO, Luis: “Precaución y Recurso de Protección...”, op. cit., p. 369.

²⁵⁵ Cfr., CORDERO, Luis: “Corte Suprema y Medio Ambiente...”, op. cit., pp. 364 – 368.

²⁵⁶ Cfr., CORDERO, Luis: “Precaución y Recurso de Protección...”, op. cit., pp. 368 – 372. (Los destacados son míos).

²⁵⁷ Cfr., CORDERO, Luis: *Estudio preliminar Corte Suprema y Medio Ambiente...*, op. cit., p. LXV.

aspectos técnicos de las decisiones de la Administración, no significa avanzar hacia el temido “gobierno de los jueces”²⁵⁸.

Ahora, la idea de crear Tribunales Ambientales capacitados para revisar los actos de la Administración técnica, constituyendo un contencioso-administrativo especializado en la materia, generó, al interior de la doctrina, interrogantes en torno a qué ocurriría con el rol, que hasta ese entonces activamente venía desempeñando el RP, y si era posible, congeniar ambas instancias²⁵⁹.

BOETTIGER, destaca que durante el año 2013, se declararon inadmisibles varios RP ambiental, argumentándose que los hechos descritos en ellos excedían el objeto del recurso, admitiéndose sólo aquellos que hiciesen mención a hechos que pudiesen constituir vulneración de las garantías. Por tanto, se mantuvo al RP como un mecanismo jurisdiccional paralelo para impugnar autorizaciones ambientales por causales distintas a las establecidas por ley a los Tribunales Ambientales, debiendo en estos casos, basarse en la tutela efectiva de Derechos Fundamentales, quedando clara, la ilegalidad y vulneración de ellos²⁶⁰.

Por su parte, ZÚÑIGA si bien reconoce lo dicho por BOETTIGER, advierte que, de todas formas, se ha dejado en el RP un espacio importante de acción, pues la CS se reserva la facultad de conocerlos cuando en ellos se planteen, tanto pretensiones invalidatorias de los instrumentos de gestión ambiental, como asuntos de necesidad o urgencia de tutela judicial cautelar, abriéndose así su uso como *mecanismo de reemplazo* a la vía procesal especial consagrada en la Ley N° 20.600. Argumenta, que ello ocurre debido a que la CS basa el otorgamiento del Recurso, en la urgencia de la necesidad de cautela que se solicita, cuestión difícil de prever, más aún, cuando actualmente muchos recurrentes pretenden, mediante esta instancia, amparar derechos cuya naturaleza no emana necesariamente del texto constitucional, siendo en variadas ocasiones derechos subjetivos, consagrados en la legislación común, que buscan usar el RP, como sustituto de la vía procesal recientemente consagrada²⁶¹.

Este fenómeno, de acudir al RP pese a la existencia de Tribunal Ambientales, se incrementa, como plantea URRUTIA, al no permitirse expresamente en los artículos 17 y 18 de la citada ley, que un tercero ajeno al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, pueda

²⁵⁸ Cfr., URRUTIA, Osvaldo: “Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y derecho internacional del Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XL, 1er Semestre 2013, p. 504.

²⁵⁹ En este tenor, BOETTIGER, plantea que problemas tales como, tener en instancias paralelas impugnaciones respecto de un mismo acto, o alargar los procedimientos de evaluación ambiental mediante la impugnación de actos trámite del proceso vía RP, e invalidación ante los Tribunales Ambientales, eran casos que se cuestionaban como posibles. Cfr., BOETTIGER, Camila: “La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria”, en *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, N°29, 2014, p. 299.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 300.

²⁶¹ Cfr., ZÚÑIGA, Francisco: “A propósito de la “agonía” o “muerte” del Recurso de Protección Ambiental” en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, N°7, 2015, pp. 27 y 34 – 39. (Los destacados son míos).

impugnar directamente la RCA favorable al proyecto. Lo anterior, implica que ellos deban seguir presentando RP ante las CA, provocando que dos tribunales distintos conozcan de las mismas materias, trayendo consigo, potenciales diferencias de criterios, falta de especialización y fragmentación. Además, esto se intensifica en vista de que la mayoría de las impugnaciones judiciales a los proyectos, proviene precisamente de terceros ajenos. Con ello, la CS mantiene su rol determinante en el sistema ambiental conociendo tanto de la apelación del RP, como de los recursos contra los fallos de los Tribunal Ambientales²⁶².

Además de lo señalado, otro factor que incentiva dicha tendencia, es el uso estratégico que las partes puedan dar al RP cuando éste les sea más conveniente a sus intereses, cuestión conocida como “fórum shopping”. Lo anterior, dado a que, según TAPIA y CORDERO VEGA, la no deferencia con que la CS ha actuado en materia de RP, puede motivar a quienes se oponen a un determinado proyecto, en vista de los estándares garantistas bajo los cuales ha operado. Ello, se refleja en los hechos, dado el intenso uso del RP versus sólo algunos recursos de casación²⁶³.

Sin embargo, cabe destacar, que si bien su uso, por parte de los individuos, puede llegar a ser antojadizo, de ello no se desprende que la CS fallará de la misma forma en que lo hizo previo a la creación de los Tribunales Ambientales, pues entendemos que su intervención activa en estas temáticas, respondió, a su rol como órgano encargado de velar por el cumplimiento del Derecho ante las falencias del sistema, que no permitían otorgar respuestas idóneas a las problemáticas ambientales, buscando estrategias, que dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico proveyeron de soluciones necesarias, en su momento.

3. ¿TRANSFORMACIONES A RAÍZ DE LA CREACIÓN DE LA SMA Y LOS TRIBUNALES AMBIENTALES?

3.1. ¿Qué entendemos por potestad administrativa sancionadora y cuáles son sus límites?

La potestad sancionadora, ha sido a lo largo de su historia objeto de enérgicas críticas, que apuntaban a circunscribirla exclusivamente en los tribunales, a fin de exiliarla de manos de la Administración²⁶⁴. Sin embargo, como indica CORDERO QUINZACARA, ésta “se ha transformado

²⁶² Cfr., URRUTIA, Osvaldo: “Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales...”, op. cit., pp. 501 – 502.

²⁶³ Cfr., TAPIA, Javier y CORDERO, Luis: “Revisión judicial de las decisiones regulatorias...”, op. cit., pp. 61 – 62. Además, señalan que por el contrario, el dueño del proyecto al desear una “certificación” relativa a que cada uno de los trámites y etapas del procedimiento administrativo se han cumplido fielmente y con apego a la legalidad, probablemente optará por la vía de los Tribunales Ambientales (caso en el cual es altamente probable que el conflicto de todas formas termine siendo resuelto por la CS).

²⁶⁴ Véase, SOTO KLOSS, Eduardo: “La potestad sancionadora de la Administración ¿se adecúa a la Constitución?”, en *Sanciones administrativas y Derechos Fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo*, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 29 y ss. SOTO KLOSS, Eduardo: “Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Legal Publishing, Santiago, 2014, pp. 39 y ss. ARÓSTICA, Iván: “Algunos problemas de Derecho Administrativo Penal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Vol. LXXXV, N° 1, 1988, pp. 41 y ss.

en un importante instrumento de intervención y de mecanismo en la conformación de la sociedad sobre las premisas constitucionales de promoción del bien común²⁶⁵”. Estimándose, que junto al orden penal, es una manifestación del poder del Estado para reprimir determinadas conductas, es decir, del *ius puniendi*, sujeto a límites constitucionales, donde la proporcionalidad es esencial²⁶⁶.

Ahora bien, en el ámbito de protección del medio ambiente, a la SMA le son impuestos, para su ejercicio, límites tanto jurídicos como de principios. Los primeros, son esquematizados por BERMÚDEZ, en tres categorías: orgánicos, procedimentales y sustantivos²⁶⁷.

3.2. Potestad sancionadora de la SMA, discrecionalidad en la determinación de sanciones y su control jurisdiccional

Primeramente, se depreden de la distinción clásica entre potestades discrecionales y regladas, que en materia ambiental, en virtud del artículo 38 de la LOSMA, la SMA goza de las primeras, que según ARANCIBIA, le otorgarán un margen para decidir la necesidad del castigo, pues, dicho precepto indica que las infracciones “podrán ser objeto” de las sanciones que en el se enumeran. Por consiguiente, estima que el juicio de necesidades corresponderá en primera instancia a la SMA y, de ser controvertida por el interesado, a los Tribunales Ambientales²⁶⁸.

Por lo tanto, como se mencionó extensamente en un comienzo, la distinción entre ambas potestades no es absoluta, y la SMA no es la excepción, por lo que, para el ejercicio de la potestad en comento, el legislador al establecer las conductas no deseables para la convivencia social, en el artículo 35 de la LOSMA, estará, ordenándole a la Administración que encuadre tales acciones u omisiones, dentro del marco de una infracción preestablecida por él, por lo que implica el ejercicio de una potestad aparentemente reglada. A su vez, deberá estimar la gravedad del hecho acaecido, según los factores, más o menos objetivos, establecidos por el legislador, en el artículo 36 de la misma, y en consideración de que la SMA no puede fundar la gravedad en otros factores, la potestad aquí sigue siendo reglada. Así, la concibe BERMÚDEZ, dada la presencia de conceptos jurídicos indeterminados (gravísimas, graves y leves), controlables a través de la errónea apreciación de los hechos²⁶⁹. Empero, no debe este razonamiento llevarnos a la conclusión de que en los mencionados artículos, la SMA carece de discrecionalidad, pues, la incorporación de elementos reglados en ellos, no elimina la zona de incertidumbre, presente en los casos difíciles, al momento de catalogar una conducta de grave o gravísima. Asimismo, la

²⁶⁵ CORDERO, Eduardo: *Derecho Administrativo Sancionador*, Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 27.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 120.

²⁶⁷ Véase, BERMÚDEZ, Jorge: “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XL, 2013, pp. 431 y ss.

²⁶⁸ Cfr., ARANCIBIA, Jaime: “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas...*, op. cit., pp. 138 – 139.

²⁶⁹ Cfr., BERMÚDEZ, Jorge: “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas...*, op. cit., p. 616.

potestad sancionadora entregada a la SMA, a modo general es discrecional, pues la decisión de sancionar, corresponde a una definición de política pública, propia de la Administración, dado que le sirve como herramienta de gestión para la consecución de la misma.

Además, la LOSMA, en sus artículos 38 y 39, otorga los márgenes a aplicar en la determinación de sanciones, por lo que, no será posible emplear otras diversas a las contempladas en la ley, debiendo, por tanto, actuar acorde con la gravedad de la infracción. No obstante, como recalca HUEPE, una vez calificada la conducta como gravísima, grave o leve, la Administración tendrá espacios de libertad, para elegir la sanción a aplicar, sea multa u otra, y si escoge la primera, tendrá igualmente discrecionalidad en cuanto al monto de la misma²⁷⁰.

En todas estas operaciones, la autoridad administrativa deberá fundar su decisión en cuestiones de hecho y Derecho, argumentando la procedencia de aplicar la sanción al infractor²⁷¹. A este respecto, HUEPE considera que la potestad sancionadora, como toda potestad administrativa, debe estar sujeta al principio de razonabilidad, que obliga a la autoridad administrativa a dar razones y motivos suficientes, que justifiquen, no sólo la sanción alcanzada sino también el monto de la misma²⁷². Además, para la determinación concreta del *quantum* o monto de la sanción, indicativo de si corresponde aplicar una amonestación, multa u otra sanción, la SMA, deberá recurrir a circunstancias específicas que la funden²⁷³. Estos criterios, también conocidos como reglas de ponderación, están establecidos en el artículo 40 de la LOSMA, y a su respecto veremos qué tratamiento les dará la SMA, en razón de la libertad, que dentro de los márgenes fijados por las reglas precedentes, le es admitida.

Según BERMÚDEZ, estas deben ser aplicadas en dos momentos, el primero, “al determinar la clase de sanción que corresponda a la infracción, lo que ocurrirá sólo una vez calificada jurídicamente la infracción de que se trate²⁷⁴”; y el segundo, al “fijar la extensión o graduación en concreto, lo que resulta procedente respecto de las sanciones de multa y clausura temporal²⁷⁵”. Además, las agrupa en razón de su identidad, identificando, los parámetros consignados en las letras a) y b) con las afectaciones materiales o exposiciones a ciertos riesgos; las establecidas en las letras c) y f), con aspectos económicos que rodean el ilícito; luego, respecto a los criterios volitivos y de peligrosidad del infractor, en virtud de los cuales la SMA deberá contemplar, su intencionalidad, participación y reiteración infraccionaria, lo que se alude en las letras d) y e), y

²⁷⁰ Cfr., HUEPE, Fabián: “El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración: Su control a través del principio de razonabilidad”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones...*, op. cit., p. 171.

²⁷¹ Cfr., OSORIO, Cristóbal: *Manual de procedimiento administrativo sancionador...*, op. cit., p. 447.

²⁷² Cfr., HUEPE, Fabián: “El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora...”, op. cit., pp. 183 – 186.

²⁷³ Cfr., OSORIO, Cristóbal: *Manual de procedimiento administrativo sancionador...*, op. cit., p. 447.

²⁷⁴ BERMÚDEZ, Jorge: “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas...*, op. cit., p. 616.

²⁷⁵ Ídem.

en relación al grado de acatamiento del programa de cumplimiento, se debe remitir a la letra g)²⁷⁶. Finalmente, y dado el estudio de los límites y control judicial de la potestad discrecional, que nos convoca, destacable es la incorporación de la letra i), pues a partir de ella la Administración podrá considerar “Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”.

Para OSORIO, estos “otorgarán objetividad y transparencia a los argumentos que esgrime la autoridad administrativa para determinar una sanción, eliminando toda duda, la existencia de una posible arbitrariedad o sesgo en la determinación del *quantum* de la sanción administrativa²⁷⁷”. Sin embargo, si bien su consagración sirve para los objetos que menciona OSORIO, el formar parte de las potestades discrecionales de la Administración, remonta su ejercicio, al debate por años asentado en este campo del Derecho, y al que hemos aludido extensamente en páginas previas.

En esta línea, una forma poco afortunada, con la que se ha buscado limitar este margen de libertad, ha sido la aprobación, por Resolución Exenta N° 1002 del 29 de octubre de 2015, de las Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales de la SMA. Estas, a juicio de FERRADA, constituyen un riesgo, desde dos perspectivas, en primer lugar, porque con ellas la SMA amarra su discrecionalidad, al determinar cómo aplicará cada uno de los criterios, cuestión que por lo demás resulta compleja, pues la letra i) como competencia residual, abre la posibilidad a otras circunstancias, por tanto la guía no siempre servirá. En segundo lugar, porque establece un criterio básico para aplicar la sanción, el beneficio económico, limitando regulativamente aquello que el legislador, que es quien entrega esta potestad discrecional amplia, no limita, ya que, una cosa es llegar a ese resultado mediante el ejercicio de su discrecionalidad, y otra, imponérselo²⁷⁸.

Por ello, tras su concreción hay, tanto para quien controla la decisión como para el mismo infractor, una atmósfera de dudas, que la doctrina denota al describir cada una de ellas. Ahora, considerando lo extenso que supondría analizarlas por separado²⁷⁹, dejaremos su examen para el próximo capítulo, centrándonos aquí únicamente en la letra i).

BERMÚDEZ, señala que ella atribuye a la SMA un criterio de graduación, pues “podrá agravar o atenuar el rigor de la sanción, haciendo referencia a los criterios específicos y fundados que considere para ese caso concreto²⁸⁰”, sin embargo, el problema estará dado en razón de que su gran amplitud, puede provocar, que varíe su aplicación pese a estar frente a casos similares, sin respetar, su propio precedente. Junto con ello, señala que si bien la SMA puede fundadamente

²⁷⁶ *Ibidem*, 616 – 617.

²⁷⁷ OSORIO, Cristóbal: *Manual de procedimiento administrativo sancionador...*, op. cit., p. 448.

²⁷⁸ Cfr., FERRADA, Juan: “Revisión judicial de sanciones administrativas en materia ambiental”, en Seminario “La Justicia Ambiental en el Derecho chileno actual...”, op. cit.

²⁷⁹ Véase, BERMÚDEZ, Jorge: “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas...”, op. cit., pp. 617 y ss. OSORIO, Cristóbal: *Manual de procedimiento administrativo sancionador...*, op. cit., pp. 457 y ss.

²⁸⁰ BERMÚDEZ, Jorge: “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas...”, op. cit., p. 624.

incluir cualquier criterio, en su aplicación, deberá siempre observar al menos dos principios generales del Derecho Administrativo, que son la proporcionalidad y la confianza legítima²⁸¹. En este sentido, BERMÚDEZ en general afirma, que cada una de las circunstancias, deriva y se adecúa al principio de proporcionalidad, limitándose así la discrecionalidad administrativa en la represión de infracciones²⁸². La relevancia de este principio, se grafica, como indica CÁRCAMO, en tres dimensiones. Primeramente, debe influir al legislador cuando aquel establece las conductas y sus respectivas sanciones; en segundo lugar a la Administración, al determinar la sanción y finalmente, a los tribunales de justicia, al conocer de las reclamaciones²⁸³.

Ahora, en vista de la discrecionalidad propia del ejercicio de la potestad sancionadora. La doctrina se pregunta cómo se ejercerá el control judicial sobre ella. Al respecto, FERRADA clasifica las posibles intensidades con que dicho control puede llevarse a cabo, según los poderes del juez. Postula, que en un control mínimo, al juez le corresponderá únicamente el control de la actividad administrativa por error manifiesto de apreciación, pudiendo realizar una revisión limitada de los hechos. Por otro lado, el control normal, implica que el juez revisará, no sólo los hechos, sino que también podrá calificarlos jurídicamente. Finalmente, un control máximo, supone que, junto con lo anterior, el juez estará habilitado para hacer un balance de costo-beneficio y aplicar el principio de proporcionalidad²⁸⁴.

En coherencia con lo desarrollado al inicio de este capítulo, la clasificación recién expuesta, implica dilucidar el estándar, con que el Tribunal dará aplicación a las técnicas de control, en consonancia, con los límites que nuestro ordenamiento jurídico le impone. Es frente a este escenario, que surge la pregunta relativa a ¿qué aspectos de la sanción administrativa podrán revisar los Tribunales Ambientales? A juicio de FERRADA, le es posible controlar la motivación, pues es una exigencia de la legalidad formal del acto; los hechos que se afirman como ciertos y la calificación jurídica de los mismos, a fin de constatar si la conducta se encuadra en la discusión normativa sostenida por la SMA. Más, es dudoso, que este pueda revisar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, con un alcance mayor al de la mera verificación, de si la SMA las ha entendido conforme a la ley, pues su determinación corresponde a una potestad discrecional entregada por el legislador a esta última, y no a los Tribunales Ambientales²⁸⁵.

Por su parte, GUILOFF y SOTO, reconociendo el margen de apreciación que el legislador concede a la SMA, para determinar la gravedad de la infracción, la sanción aplicable y la

²⁸¹ Ídem.

²⁸² *Ibidem*, p. 614.

²⁸³ Cfr., CÁRCAMO, Alejandro: “La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el Derecho Administrativo Sancionado: Fundamentos, alcances y aplicación”, en Arancibia..., *op. cit.*, p. 155.

²⁸⁴ Agrega además, el control cuya intensidad varía según el derecho afectado, siendo mayor en casos como el derecho a la vida o la integridad física. Cfr., FERRADA, Juan: “La articulación de las potestades administrativas y jurisdiccionales en la aplicación de sanciones administrativas en el derecho chileno: Poderes distintos pero complementarios”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas...*, *op. cit.*, p. 294.

²⁸⁵ Cfr., FERRADA, Juan: “Revisión judicial de sanciones administrativas en materia ambiental”, *op. cit.*

especificación de la misma, y la relevancia de permitir que aquella despliegue una estrategia regulatoria responsiva, implica afirmar que, necesariamente, el Tribunal Ambiental sólo tendrá la posibilidad de evaluar la razonabilidad de la decisión²⁸⁶.

Además, GUILOFF al igual que FERRADA, analizando de modo crítico la mencionada guía metodológica, advierte que no sería raro que los Tribunales Ambientales, no sólo reduzcan las sanciones impuestas por la SMA, sino que también las aumenten, al ponderar las circunstancias y revisar la calificación. Dado que, el efecto producido por dicha guía, es reglar lo que antes estaba en el campo de la discrecionalidad, reduciéndose su contenido en la decisión administrativa²⁸⁷.

3.3. Estado de la cuestión

Habiendo hecho, en el primer capítulo, un análisis de la evolución normativa de la institucionalidad ambiental, resta por señalar, cómo en la práctica se han desenvuelto ambos organismos, y las problemáticas que su funcionamiento conjunto devela. Frente a ello, es que surge la pregunta relativa a si ¿es posible afirmar que su implementación trajo consigo transformaciones en aquellos aspectos criticados del antiguo sistema? Si la respuesta es afirmativa ¿es posible catalogarlas como profundas, significativas y relevantes en la práctica? ¿hemos evolucionado en materia de fiscalización, sanción y, en general, en la prolijidad del control en materia administrativa ambiental?

Claramente se han producido grandes y positivos cambios, ahora, si estos fueron específicamente los esperados o si la configuración de ambos órganos fue la correcta, tanto desde el punto de vista de su regulación formal, como de su desempeño práctico, es un tema que merece ser analizado desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial. En este apartado nos abocaremos a lo primero dejando lo último para el capítulo final.

En este sentido, la especialización judicial técnica de los Tribunales Ambientales, según TAPIA y CORDERO VEGA, ha sido una “respuesta institucional paralela natural al fortalecimiento de la Administración²⁸⁸”. Ello, refleja una doble desconfianza, tanto en el actuar de la Administración y su capacidad de usar adecuadamente la discrecionalidad, siendo ellos, en este punto, un contrapeso; como, en la capacidad técnica de los jueces generalistas, ante lo cual sostienen, que las raíces de la especialización son eminentemente políticas²⁸⁹. Respecto a este punto, afirman que un revisor especializado tiende a ser menos deferente, pues el juez se siente

²⁸⁶ Cfr., GUILOFF, Matías y SOTO, Pablo: “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsiva” en Ferrada, Bermúdez y Pinilla (coords.): *La Nueva Justicia Ambiental*, Thomson Reuters, 2015, *passim*.

²⁸⁷ Cfr., GUILOFF, Matías: “El control de la discrecionalidad administrativa por la Justicia Ambiental”, en Seminario “La Justicia Ambiental...”, op., cit.

²⁸⁸ TAPIA, Javier y CORDERO, Luis: “Revisión judicial de las decisiones regulatorias...”, op. cit., p. 28.

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 29 – 30.

capacitado para juzgar temas complejos²⁹⁰. Esto último, concierne a lo que denominan, la primera variable dentro de la institucionalidad, relativa a los “incentivos intrínsecos del revisor derivados de sus capacidades personales y su nivel de “igualdad técnica” respecto del decisor primario²⁹¹”, cuya relación con la segunda variable, concerniente al estándar de revisión o “el ámbito de posibilidades que el ordenamiento jurídico le entrega a dicho revisor para desplegar sus capacidades²⁹²”, determinarán la forma y alcance de la revisión judicial²⁹³.

Por tanto, a su juicio, un buen diseño institucional, consagrará un estándar de revisión, a la medida del carácter orgánico del revisor, es decir, si es un órgano especializado, a fin de que los beneficios de aquella especialización no se vean conculcados, aquel debería ser dotado con un estándar amplio, no obstante en materia ambiental, la combinación de ambas variables se ha hecho de manera inexacta, ya que los Tribunales Ambientales, en el artículo 30 de su Ley, cuentan con competencias que son propias de un contencioso de nulidad de los actos administrativos ambientales²⁹⁴.

Esto último, nos conduce a la tercera dimensión de la deferencia, presente ante las complejidades regulatorias en sistemas normativos incompletos, espacios que deberán ser colmados mediante políticas públicas emanadas del ejercicio administrativo. Nos referimos con ello, a la deferencia normativa. A este respecto, se entiende, que las sanciones corresponden a herramientas de gestión de política pública, razón por la cual, en estos casos será la SMA quien deba determinarlas, siendo perjudicial que en tales supuestos, el Tribunal Ambiental realice una interpretación literal de la ley, pues ello, producirá como efecto negativo, la rigidez del sistema²⁹⁵.

De este modo, nuestra institucionalidad ambiental, se caracteriza por contar con dos órganos especializados, cuestión trascendental a la hora de definir las líneas estructurales del control judicial que, los Tribunales Ambientales, efectuarán al revisar las sanciones impuestas a los administrados por la SMA, a raíz de la interposición de Reclamaciones. Ello, pues las decisiones técnicas a las que arriba la SMA, serán, en vista de que dichos Tribunales son igualmente especialistas, revisadas con mayor rigurosidad, pues de lo contrario, tal cualidad se pierde, no cumpliéndose el propósito, que tuvo el legislador al decidir crearlos, a fin de suprimir, la vista de estas materias, por los tribunales ordinarios (como las Cortes de Apelaciones). No obstante, existen en su Ley, ciertas características de diseño, cuya implementación requiere de un análisis previo, pues ellas dan luces de su accionar y de los límites y amplitudes del mismo.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 33.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 35.

²⁹² *Ídem*.

²⁹³ *Ídem*.

²⁹⁴ *Ibidem*, *passim*.

²⁹⁵ Cfr., CORDERO, Luis: “Deferencia judicial y revisión ambiental”, op., cit.

En este sentido, a la luz de lo señalado por HUNTER, respecto al modelo de prueba establecido en la mencionada ley, se desprende que este, al ser de aquellos en los que “la plenitud probatoria queda reservada al juicio de primer grado que en este caso equivale a la instancia administrativa²⁹⁶”, se corresponde con un perfil probatorio “coherente con la idea de que se está revisando una decisión ya construida fáctica y jurídicamente²⁹⁷”. Por tanto, a su juicio, lo que está detrás de este modelo, es “un sistema de distribución de competencias basado en la deferencia entre los órganos del Estado²⁹⁸”, según el cual, “los órganos jurisdiccionales no debieran decidir con materiales fácticos y probatorios distintos a los considerados por la Administración al momento de dictar el acto impugnado²⁹⁹”.

Por otro lado, hay quienes, de la configuración de estos órganos jurisdiccionales, destacan aspectos que incentivarían una menor deferencia de parte de los Tribunales Ambientales hacia la SMA. En este sentido, DE LA FUENTE, esgrime que, tanto la composición mixta de estos, como el hecho de haberse omitido en su Ley las técnicas específicas de control judicial, a las cuales debían estar sujetos, supone dejar en ellos la solución de la tensión relativa a los límites al control judicial, pues estos serán los que a través de la jurisprudencia determinen su extensión³⁰⁰.

A su vez, GUILOFF, denota que en virtud de la obligación impuesta a los Tribunales Ambientales, por el artículo 25 de la Ley N° 20.600, relativa al contenido de sus fallos, estos, al enunciar los fundamentos técnico-ambientales que los motivan, estarán implícitamente diciéndole a la SMA como debió haber actuado en el caso concreto, cuestión que provocará, a fin de cuentas, que esta adopte lo estipulado en tales pronunciamientos³⁰¹.

Finalmente, otro aspecto relevante de la ley e indicativo de esta posición de menor deferencia del Tribunal al momento de efectuar la revisión judicial, radica en la configuración del artículo 30 de su Ley. Sobre esto, VALDIVIA, que habla de la “emergencia de un modelo profundizado de control judicial de la administración”, denota que aquel, si bien no confiere al Tribunal un contencioso de plena jurisdicción, que le permita sustituir el acto administrativo, tampoco, a su juicio, se restringió a la entrega de un simple poder anulatorio, pues este último, pese a permitir la expulsión de un acto del ordenamiento jurídico, no entrega una solución satisfactoria que sirva de guía para la Administración o el particular. De este modo, lo que se consagró, a su juicio, en la citada ley, fue un contencioso objetivo de plena jurisdicción, que pone a disposición del juez un arsenal extenso de poderes que lo posicionan en un lugar relevante, a la hora de orientar la acción de la Administración. Una de ellas, es la nulidad parcial, apreciada

²⁹⁶ HUNTER, Iván: “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, 2015, p. 652.

²⁹⁷ Ídem.

²⁹⁸ Ídem.

²⁹⁹ Ídem.

³⁰⁰ Cfr., DE LA FUENTE, Osvaldo: *Control judicial de la Resolución...*, pp. 114 – 115.

³⁰¹ Cfr., GUILOFF, Matías: “El control de la discrecionalidad administrativa por la Justicia Ambiental”, en Seminario “La Justicia Ambiental...”, op., cit.

como equivalente a la modificación de un acto administrativo, debido a que, provoca consecuencias ajenas a las pretéritamente elucubradas por la Administración. Con ello, la Ley N° 20.600 modernizó el clásico régimen anulatorio, al tener el juez la posibilidad de incidir en la modificación del acto sometido a su conocimiento³⁰².

4. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El análisis recién expuesto, busca, a través de un estudio específico de nociones administrativas esenciales, para el entendimiento del engranaje normativo entre los distintos Poderes del Estado, develar la relevancia del otorgamiento, ejercicio y control de los privilegios y potestades encomendados a la Administración.

En esta línea, queda de manifiesto, lo imprescindible, que, para el correcto funcionamiento de nuestra sociedad dinámica, resulta la consagración de potestades discrecionales al configurar los órganos que forman parte de la Administración, pues ella, dado su fin relativo a la satisfacción del interés público y su función, a la luz de nuestra CPR, es el órgano indicado para efectuar intervenciones con consecuencias directas en los intereses de los individuos. Lo anterior, siempre que su ejercicio, este debidamente limitado y controlado, conforme a las exigencias de nuestro Estado de Derecho.

Es esta búsqueda de equilibrio, entre la obtención de decisiones rápidas, técnicas y contingentes, y un control oportuno, informado y coherente, lo que ha permeado nuestra institucionalidad ambiental. Empero, tales demandas de control de las decisiones administrativas ambientales, ante la falta de un contencioso administrativo específico que las resuelva, obtuvieron, en un comienzo una inadecuada vía procesal impugnatoria, como respuesta, pues el RP, carece, en su sustrato procedimental, de herramientas que le permitan conocer correcta y cabalmente cuestiones de lato conocimiento.

La mantención de este vacío institucional, trajo consigo una intervención activa de la CS en la materia, sobre todo dentro de los cuatro años previos a la implementación de la nueva normativa ambiental. Su injerencia, actualmente, si bien es determinante, ya que el accionar en sede de RP, ante la vulneración del Derecho Fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, constituye una garantía constitucional no susceptible de ser privada, su uso como un contencioso-administrativo ha sido expresamente rechazado por la misma. Ahora, el criterio, que el máximo tribunal adopte, al momento de resolver la interposición de recursos de casación contra las sentencias dictadas por los Tribunales Ambientales, si bien escapa del objeto central de esta tesis, será brevemente mencionado en el capítulo siguiente, pues su actuar influye

³⁰² Cfr., VALDIVIA, José Miguel: “Contenido y efectos de las sentencias de los Tribunales Ambientales”, en Ferrada, Bermúdez y Pinilla (coords.): *La Nueva...*, op., cit., pp. 256 – 272.

directamente en lo que queremos reflejar, es decir, en los cambios, a nivel de resultado, de las decisiones ambientales a raíz de las transformaciones institucionales.

Al presente, la SMA y los Tribunales Ambientales, creados a consecuencia de las reformas ampliamente desarrolladas, forjaron una institucionalidad, beneficiosa, pues no cabe duda que el tratamiento de temas ambientales, obtuvo en ambas instancias, un análisis técnico y riguroso que repercute en un resguardo del medio ambiente y en el establecimiento de un Derecho Ambiental, más desarrollado. La especialización de ambos, si bien puede llegar a generar una competencia, pues el Tribunal hará uso de sus herramientas técnicas, ello, no implica una consecuencia negativa, pues su configuración, desde el punto de vista de los resultados de su revisión, le impiden la sustitución expresa de la medida que revisa (artículo 30 de su Ley), pero no por ello, una intervención que anule su calidad de especialista, pues, la nulidad parcial, que le está permitida adoptar; la obligación de argumentar sus sentencias con razonamientos técnicos y jurídicos (artículo 25); la libertad para adoptar técnicas de control y su configuración mixta, crean la base necesaria para que la revisión de la discrecionalidad de la SMA, sea efectuada con un estándar exigente y por lo mismo con amplios alcances.

Hemos entendido, a lo largo de este trabajo, a la deferencia como aquel principio susceptible de graduación, que no supone un actuar indiferente del órgano revisor, indicativo de una inmunidad de la decisión adoptada por el regulador (en este caso la SMA), sino más bien, como aquel que autoriza, el movimiento del controlador dentro de márgenes que, más allá de, únicamente impedir la sustitución expresa de las decisiones administrativas discrecionales (pues ello, en el caso queda resuelto por el artículo 30 de la Ley N°20.600), otorgan la posibilidad de efectuar, la difícil tarea de controlar la discrecionalidad administrativa, asumiendo su importancia, pero sin dejar de lado su examen. Lo anterior, es una consecuencia directa del reconocimiento de la discrecionalidad como una libertad existente, necesaria e insustituible, pues, asumir dicha postura (en contraposición de quienes, como se indicó, buscan reducirla al máximo), supone reconocer que hay espacios propios de la Administración, cuyo control, puede parecer imposible, sin embargo, ello traería consigo la indefensión, y como consecuencia viciaría el sistema.

Por tanto, en vista de lo anterior y del imprescindible resguardo de la tutela judicial efectiva de los administrados, dicha potestad requiere, a su vez, de un control que igualmente brinde, al controlador, márgenes de libertad, que, asimismo hagan posible la existencia de aquellas prerrogativas en la Administración.

En resumen, la lógica deferencial, puede llegar a ser, para estos Tribunales, un principio esencial al momento de guiar su control judicial. Pues si bien, impone *límites*, en virtud de lo vinculante de las decisiones de la SMA, dado que es ella, la llamada por mandato constitucional a

velar por el bien común, mediante la definición de políticas públicas, y, la dotada, por el legislador, de potestades discrecionales al momento de aplicar el procedimiento sancionatorio. También dicho principio, *admite*, dentro de su marco conceptual, que el Tribunal lleve a cabo, mediante técnicas de control, tales como la motivación y el principio de proporcionalidad, una revisión, que le permita, no sólo ejercitar sus herramientas de órgano especializado, sino que, igualmente, acomodar dicho estándar al caso concreto, aplicando diversos grados de deferencia, acorde a las complejidades que aquellos revisten. Ahora, dilucidar hasta donde llega la intensidad de su control, y si en todos los casos utilizará este principio, requiere una revisión jurisprudencial.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ESTÁNDAR DE REVISIÓN DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES ¿ES POSIBLE DILUCIDAR EN ÉL UNA LÓGICA DEFERENCIAL?

En el presente capítulo, analizaremos la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales, emanada a raíz del conocimiento de las Reclamaciones interpuestas contra la SMA, en lo relativo al control judicial de la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, de modo tal, de verificar si su actuar se corresponde con el principio de deferencia, al cual se aludió en el capítulo precedente, o si, dada la especialidad, tecnificación y permisiones legales con que cuenta, dicho estándar de control adquiere alcances mayores.

Con ese fin, se efectuó una revisión preliminar de todas las sentencias, relativas a la resolución de Reclamaciones interpuestas en contra de la SMA, que, hasta la fecha, han sido dictadas por los Tribunales Ambientales, actualmente en funcionamiento, para luego, centrarnos en aquellas en las que se reclamó una inadecuada aplicación de los criterios del artículo 40 de la LOSMA. Así, de un total de 41 sentencias, 13 hacían alusión al tema que nos convoca, las que junto con las demás, permiten advertir las directrices que dichos órganos han adoptado a la hora de fallar.

1. DIRECTRICES DEL ACTUAR DE LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

Primeramente, es posible desprender de sus sentencias, pautas clarificadoras de la posición y criterios, que, respecto de ciertas materias, siguen dichos Tribunales. En este sentido, su actitud ante la deferencia a experto; las técnicas de control, con las que lleva a cabo la revisión de los parámetros establecidos en el artículo 40 citado y aquello que considera como suficientemente motivado.

A este respecto, el Segundo Tribunal Ambiental (en adelante 2TA), con sede en Santiago, fue claro al señalar, en el considerando decimotercero de su sentencia, Rol R N° 13–2013, correspondiente al caso *Constructora Inarco S.A. en contra de la SMA*, que “no comparte la alegación de la Superintendencia del Medio Ambiente cuando invoca el ‘principio de deferencia experto’ (...) fundamentalmente porque este Tribunal Ambiental es un órgano técnico –colegiado y de composición mixta– en las materias de su competencia, según se establece expresamente en diversas disposiciones de la Ley N° 20.600”. En este sentido, entendemos que el Tribunal, defiende su carácter especializado, entregando a su vez, una guía respecto a cómo configurará su estándar de revisión, pues si bien, el artículo 30 de su Ley, le otorga competencias de un contencioso-administrativo de nulidad, ello no implica, que lo técnico de su examen se vea conculcado por ser el órgano administrativo, cuya decisión se revisa, de igual calidad. De manera que, a diferencia de aquellos tribunales generalistas con competencias puramente anulatorias y cuyas decisiones tienden a circunscribirse dentro de la mencionada deferencia epistémica, es posible desprender, del artículo 2 (composición mixta), 25 y 30 (nulidad parcial), de la ley que

los crea, la posibilidad de llevar a cabo un análisis minucioso de las valoraciones técnicas acuñadas por la SMA, a fin de determinar si ellas alcanzan el estándar de razonabilidad exigido por el Derecho.

Por otro lado, uno de los primeros fallos del Tercer Tribunal Ambiental (en adelante 3TA), con sede en Valdivia, entrega líneas relevantes a modo de graficar su comportamiento al controlar la discrecionalidad administrativa de la SMA. Nos referimos, a la sentencia, Rol R N° 6-2014, del caso *Empresa Nacional de Electricidad S.A. con SMA*, que, en su considerando nonagésimo establece 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 competencias. En tanto, la segunda advierte 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”. (Los destacados son míos).

Conjuntamente, advierte que, si la controversia se refiere a aspectos formales y de fondo de un acto discrecional de la SMA, además de efectuar los anteriores análisis, controlará también los *hechos determinantes del acto recurrido* –los que reconoce como tercera técnica de control– toda vez que el ejercicio discrecional del poder, por parte de la Administración, se origina, fundamenta y justifica en presupuesto fácticos. Finalmente, como cuarta técnica, realizará un estudio basado en los principios generales del derecho, revisando la proporcionalidad de la Resolución recurrida, cuestión esencial para el examen del monto de la multa aplicada en el caso concreto. (Los destacados son míos).

Al mismo tiempo, pero sin hacer mención explícita de ello, el 3TA, utiliza en el caso en comento, la técnica de control de motivación de los actos administrativos. En esta línea, el Tribunal indica que, para resolver la controversia que se plantea (a la cual aludiremos en el apartado siguiente), revisará si la Resolución que se reclama presenta una motivación suficiente. Al respecto, señala que tanto los actos como las resoluciones administrativas, deben responder a este mandato de racionalidad, excluyendo la mera voluntad, arbitrio o capricho de las autoridades que adopten las decisiones (como demanda el inciso segundo del artículo 19 N° 2 de la CPR), enfatizando que aquella, se exige, con mayor propiedad, en las actuaciones discrecionales de la Administración.

Además, para este Tribunal, el control judicial de la motivación, le permite comprobar, tanto la existencia de motivación –como elemento formal del acto–, como su debida adecuación a la concurrencia de las razones de hecho esgrimidas por la Administración –como elemento de fondo o sustancial del mismo–. Es decir, revisa el ejercicio racional y razonable del poder discrecional conferido a la SMA, tanto en sus aspectos de forma como de fondo.

De ello, se sigue que este Tribunal, al analizar las decisiones administrativas reclamadas (específicamente los cuestionamientos realizados por ENDESA a las sanciones que le fueron impuestas), exigirá que cada una de ellas se encuentre motivada y justificada suficientemente en términos razonables, esto es, mediante la expresión suficiente y necesaria de los criterios considerados y ponderados al adoptar la decisión; entendiendo que lo suficiente y necesario es aquello que es bastante para lo que se necesita, es decir, que es apto e idóneo para justificar una decisión sancionatoria.

De igual forma, la sentencia, Rol R N° 14-2014 del 2TA, relativa al caso *Federación de Sindicatos de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores, I Región y otros en contra de la SMA*, grafica en su considerando quinto que “como lo ha dicho en otras oportunidades este Tribunal y la doctrina nacional, el control de motivación debe ser no sólo de hechos sino que también de los fundamentos de derecho, siendo revisable el acto dictado sin motivación o con motivación insuficiente”³⁰³.

Ahora, desde el punto de vista práctico, la verificación de la suficiencia de la motivación, variará caso a caso, pues este estándar de motivación, que hasta el momento se ha graficado en abstracto, al momento de concretizarse en un supuesto específico, supondrá una adaptación cuyo nivel de exigencia dependerá de la intensidad que el estándar de revisión revista. Al respecto, y a modo de ejemplificar tal puntualización, la sentencia Rol R N° 97-2016, que resolvió el caso *Ecomaule S.A. en contra de la SMA*, si bien se relaciona con la Reclamación interpuesta en contra de cinco resoluciones de la SMA en que se dispuso la medida provisional de clausura temporal parcial del relleno sanitario, sirve para entender, qué fundamentación es considerada suficiente para el 2TA, ya que este en el considerando vigésimo cuarto, declara que “los antecedentes expuestos por la SMA en cada una de las resoluciones reclamadas –justificados con información entregada por la propia reclamante, analizada cuantitativa y cualitativamente, con los hechos constatados por los propios fiscalizadores y con las denuncias ciudadanas- constituyen motivación suficiente de dichos actos administrativos”.

Así, se cumple lo señalado en el segundo capítulo de nuestra tesis, en el cual, desarrollamos como posibles técnicas a adoptar por el órgano controlador de la discrecionalidad administrativa, la motivación y proporcionalidad, pues ellas, permiten un margen de acción mayor que facilita su labor revisora. De esta forma, hasta el momento, el Tribunal podría adoptar un control, basado en el principio de deferencia doctrinal, pues en un comienzo, verificará si es la ley quien ha dejado tal potestad en manos de la SMA, para, luego de constatar su efectiva existencia y la posibilidad de que a partir de su ejercicio se generen ambigüedades normativas, explorar su adecuada razonabilidad, en correlación con la norma que habilita a la Administración.

³⁰³ Lo mismo se ha señalado, por ejemplo, en el considerando séptimo de la sentencia, Rol R N° 83-2015 y en el considerando vigésimo octavo de la sentencia, Rol R N° 6-2013, ambas dictadas por el 2TA.

2. CONTROL JUDICIAL DE LA APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA

Con el objeto de explicar, efectivamente, el control judicial que los Tribunales Ambientales, en la práctica, han desarrollado al revisar las valoraciones a las que arriba la SMA cuando ejerce su potestad discrecional en la ponderación de los parámetros del artículo 40 de su Ley, es necesario constatar, cuáles han sido las controversias planteadas por los reclamantes, respecto a la aplicación de los mismos; qué líneas argumentativas han desarrollado los Tribunales Ambientales en sus fallos y si de ellas es posible inferir un estándar de control. En relación con lo último, la gran pregunta que surge es ¿son deferentes los Tribunales Ambientales con las decisiones de la SMA?

Relevante es destacar, como puede notarse, que la reiterada alusión a la motivación a lo largo de esta tesis, tanto al momento de hablar de los límites al ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración, como al desarrollar las técnicas de control a desplegarse sobre las mismas, no es baladí, pues ella, es un punto trascendental en las Reclamaciones interpuestas por los administrados y en la adopción del estándar de control, dado que aquella, se comporta como elemento delimitador de su intensidad.

En este contexto, denotamos que las controversias, por regla general, aluden a una supuesta falta de motivación y/o proporcionalidad, por parte de la SMA al momento de determinar las sanciones específicas, cuestión que se vincula directamente, con los alegatos relativos a una incorrecta aplicación de los criterios del artículo 40 de la LOSMA. Ahora, para puntualizar las pautas seguidas por ambos Tribunales, procederemos a analizar, por orden cronológico, algunas de sus sentencias.

Con fecha, 12 de septiembre de 2014, el 2TA dictó la sentencia, Rol R N° 23-2014, correspondiente al caso *Sociedad Eléctrica Santiago S.A. (SES) en contra de la SMA*, en la cual resolvió la Reclamación interpuesta por la SES contra la Resolución Exenta N° 1541 de la SMA, que la sancionaba, dado el incumplimiento de las condiciones y medidas establecidas en su RCA, con una multa de 316 UTA. La reclamante, dentro de sus alegatos, esgrimió la falta de fundamentación en la aplicación de los criterios del artículo 40 de la LOSMA. Al respecto, la SMA, señaló que ella posee un marco de discrecionalidad amplio en la apreciación de tales circunstancias, por lo que su deber, se limita a fundamentar las razones por las que se determina una sanción. En este sentido, el Tribunal en el considerando trigésimo cuarto de su sentencia, indicó que, el desarrollo de tales criterios, es primordial para entender el razonamiento que conduce a determinar el monto de la sanción. Por ello, la fundamentación no puede agotarse en explicar su mera procedencia (“será considerada agravante” o “se procederá a considerar dicha circunstancia para efectos de la determinación específica de la sanción”), pues no le es permitido

omitir su razonamiento respecto a lo más importante que es esbozar “como se refleja y explicita ese efecto agravante”.

A juicio del 2TA, lo que realizó la SMA fue lo primero. Ello, pues la SMA al fundamentar la concurrencia de la letra b) del artículo 40, únicamente indica que, considerará como agravante *la posibilidad de afectación de la salud de un número relevante de personas*, producto de los niveles de ruido, sin que su proceder permita determinar, cuál es su efecto agravatorio en el monto de la sanción. Lo mismo sucede con la letra f) del comentado artículo, ya que, no se determina ni precisa cuál es su efecto concreto en el monto de la multa. Misma situación ocurre, a juicio del Tribunal, con la procedencia de la letra d). Aquí, el Tribunal además señala que la intencionalidad no sólo debe vincularse con la ignorancia de las obligaciones o las posibilidades de atribuir el hecho a una voluntad distinta, sino que más bien al grado de vinculación que existe entre la voluntad del infractor y la infracción cometida, cuya gradualidad debe ser considerada y fundada. Adicionalmente, señala que la letra e) del mismo artículo, no debió aplicarse, por la SMA, para una compensación estructurada en un criterio cuantitativo, sino cualitativo. (Los destacados son míos).

En resumen, el Tribunal en su considerando trigésimo noveno, señala que queda de manifiesto que la Resolución impugnada, carece de la debida fundamentación respecto de los criterios contenidos en el artículo 40, pues no se explica cómo aquellos inciden en la determinación de la sanción final, haciendo que la Resolución devenga en arbitraria, acogiendo, en este punto la Reclamación. Ante esto el 2TA, si bien confirma la existencia de las infracciones sancionadas por la SMA, manteniendo la tipificación y calificación de los incumplimientos, ordena a que éstos sean sancionados separadamente, debiendo la SMA dictar una nueva Resolución que fundamente debidamente los criterios del artículo 40 de su Ley, señalando concretamente cual es el efecto que cada uno de ellos tiene en la determinación del monto final de la multa.

Esta sentencia, está en plena conexión con el renombrado caso *Pascua Lama*, emanada del mismo Tribunal, con fecha 03 de marzo de 2014, bajo el Rol R N° 6-2013 (acumuladas Rol R N° 7-2013 y 8-2013). Si bien es anterior, hemos decidido analizarla en segundo lugar, en vista de la amplia atención, que en doctrina ya ha suscitado.

En vista de nuestro objeto de análisis, su relevancia radica en la crítica que el 2TA realiza, a lo largo de su sentencia, a la falta de fundamentación de la Resolución que se impugna³⁰⁴, destacando en su considerando trigésimo quinto, la obligación que tiene el Superintendente de, “fundamentar debidamente tanto la tipificación de las infracciones en los tipos contenidos en el

³⁰⁴ Ello, según el considerando citado supone “cumplir con todos los requisitos desarrollados por la jurisprudencia, administrativa y judicial, y por la doctrina, respecto a la motivación del acto administrativo, pues de lo contrario deviene en arbitraria debiendo en consecuencia ser anulada”.

artículo 35 de la LOSMA, la calificación de éstas como gravísimas, graves o leves, conforme al artículo 36 del citado cuerpo legal, y finalmente la determinación de la sanción específica, según los criterios del artículo 40 de la LOSMA”.

A este respecto, el 2TA, desarrolló extensamente, en sus considerandos vigésimo séptimo y siguientes, el estándar de motivación que exigiría a la SMA, reconociendo, en el considerando vigésimo octavo de su sentencia que, él podrá revisar “con especial detención los fundamentos de aquellas decisiones contenidas en la resolución impugnada que digan relación con la aplicación de una especial forma de sancionar las infracciones (concurso infraccional), las razones esgrimidas para calificar cada una de ellas y, particularmente, el desarrollo de los argumentos de cada uno de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA que lo llevaron a decidirse por la imposición de una sanción –en este caso multa- en detrimento de otra de las sanciones contenidas en el artículo 39 de la LOSMA”.

En ambas sentencias, el 2TA concluye que, la Resolución impugnada no cumple con los requisitos de integridad y autosuficiencia exigidos para esta clase de Resoluciones, dado que, de los argumentos señalados por la SMA, no se logra entender por qué no se sancionaron, las diversas infracciones por separado y a su vez consideró a las demás como agravantes.

En el caso *Pascua Lama*, el 2TA estimó que la Resolución sancionatoria, emanada de la SMA, adolece de ilegalidad, al realizar un concurso infraccional (al igual que en el primer caso comentado), no establecido expresamente en su Ley, sin fundamentar la forma en que arriba a la sanción que impone (equivalente a 16.000 UTA).

¿Qué se desprende del razonamiento del Tribunal Ambiental, desde la óptica de la intensidad de la revisión judicial? Ambos fallos, corresponden a los primeros casos engendrados bajo el lente de la nueva institucionalidad ambiental. Cuestión que permite desprender de ellos, las posturas iniciales de los órganos especializados que la componen.

Primeramente, del actuar de la SMA, se refleja una fundamentación carente de las especificaciones necesarias para comprender el razonamiento que la condujo a establecer el monto final de la multa, pues, la generalidad de los motivos justificativos de tal adopción, no permiten, ni a los reclamantes ni al Tribunal, saber la legitimidad de la multa. De ahí que, la mantención de un bajo estándar de fundamentación, podría llegar a viciar la idea que concibe a la discrecionalidad como un margen de apreciación circunscrito a la ley. Lo anterior, no se corresponde satisfactoriamente, con el hecho de que la SMA, al igual que todo órgano administrativo, está indisociablemente sometida al deber de fundamentar sus decisiones.

Ante esto, el Tribunal Ambiental, adopta un estándar de motivación, que busca verificar si la SMA se ajusta a la normativa que la habilita, pues, de las meras afirmaciones de procedencia

de uno u otro criterio, resulta imposible establecer su legalidad, estimándose carente de razonabilidad y suficiencia. Por tanto, coincidimos con la posición del Tribunal, toda vez que, al no mantenerse, la SMA dentro del principio de razonabilidad, reconocido como límite al ejercicio discrecional de las potestades públicas, es necesario fijar un estándar de motivación más exigente, que permita un correcto análisis de cuestiones complejas, sobre todo en vista de la capacidad técnica que el Tribunal posee para el conocimiento de dichas materias.

Otro caso de relevancia para nuestro análisis, es *Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA) S.A. con SMA*, del 3TA Rol, R N° 6-2014, de fecha 27 de marzo de 2015. En él, ENDESA, interpuso una Reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 421, de 11 de agosto de 2014, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, a la cual se unieron dos pescadores, cuya impugnación se acumuló a la primera. La SMA, ante las diversas denuncias³⁰⁵ y luego de realizar la actividad fiscalizadora correspondiente, procedió a sancionar a la empresa, con una multa total de 8.640,4 UTA.

Al respecto, el 3TA, dadas las alegaciones en torno al estándar de motivación empleado por la SMA en la determinación de la multa y las controversias, en cuanto a la especificación de la misma, estableció, en el considerando nonagésimo segundo de su sentencia que el punto central a dilucidar, es si la SMA al determinar los montos de las sanciones concretas a aplicar frente a cada infracción, ha dado o no cumplimiento al deber de fundamentar y motivar la Resolución sancionatoria.

Para ello, el Tribunal en el considerando nonagésimo sexto de su sentencia, deja en claro que, al tratarse de una potestad discrecional de la Administración, a ella corresponde ponderar las circunstancias concurrentes para satisfacer la debida proporcionalidad entre los hechos constitutivos de la infracción y la responsabilidad exigida. Por lo mismo, en el considerando nonagésimo octavo, señala que “en principio, la sanción específica a aplicar al infractor, no corresponde que sea sustituida judicialmente, pero aquella -la Administración del Estado- no está exenta de mantenerse dentro de los límites de lo jurídico. Estos límites imponen un ejercicio de las atribuciones conferidas en términos razonables y justificables, debiendo, para ello considerar o ponderar los criterios que el legislador ha establecido en el artículo 40 de la LOSMA. *La ley reconoce a la Administración un abanico de posibilidades legítimas de decisión, las que deben ser respetadas por el juez, siempre que sean motivadas racionalmente y justificadas suficientemente en términos razonables, mediante la expresión de los criterios tenidos en consideración y su ponderación al adoptar la decisión*”. (Los destacados son míos)

³⁰⁵ Relativas al varamiento de especies hidrobiológicas; la succión y descarga de biomasa por parte de ambas unidades de la Central Termoelectrica Bocamina, de propiedad de ENDESA; almacenamientos y trasportes presuntamente ilegales de recursos hidrobiológicos; ruidos molestos, vibraciones, emanaciones de gases presuntamente tóxicos y el acopio de cenizas con presumibles efectos adversos para la salud de la población.

De lo anterior, se denota una línea argumentativa del Tribunal, esencial para establecer sus parámetros de control, ya que, al contrario de lo ocurrido en las dos primeras sentencias, a las que se hizo mención, el Tribunal reconoce que, sólo al estar ante decisiones motivadas racionalmente y justificadas suficientemente en términos razonables, adoptará un criterio de deferencia doctrinal, hacia las valoraciones establecidas previamente por la SMA, pues estas serán vinculantes mientras se mantenga dentro del marco de lo razonable, siendo para ello necesario, que la SMA haya adoptado un estándar de motivación más elevado que el sostenido en las primeras sentencias citadas.

En este sentido, el 3TA, a la pregunta de si el nivel de motivación de la Resolución recurrida es suficiente para que la empresa no sufra indefensión, indica que hay que responder afirmativamente, pues aquella aparece como adecuada, lógica y suficiente, a tal punto que la misma reclamante ha podido cuestionarla extensamente, por cuanto se le ha puesto en conocimiento de todos los antecedentes fácticos por los que se le sanciona, tornándose intrascendente la omisión, por parte de la SMA, de una fórmula de cálculo única y definitiva³⁰⁶.

Sin embargo, si bien lo indicado, responde al estándar de motivación que el Tribunal aplica al momento de controlar a la Administración, cuestión distinta es su pronunciamiento respecto a la consideración establecida en la letra d) del artículo en comento, pues respecto de ella, señala que la SMA, yerra al excluir su aplicación en la ponderación que determina la multa final. Esto último, es reflejo de un control intenso de la discrecionalidad administrativa, ya que el Tribunal deduce la necesidad de aplicar la letra d), a raíz de los antecedentes establecidos en el procedimiento administrativo sancionador que daban cuenta del conocimiento de ENDESA, respecto a la comisión de la infracción contenida en la letra b) del artículo 35, esto es, que estaba ejecutando un proyecto y desarrollando actividades sin contar con una RCA, y que no hizo nada por evitarlo, motivo por el cual, la intencionalidad, a juicio del 3TA debió haberse utilizado. En síntesis, el Tribunal realizó un control del expediente administrativo, cuestión que en doctrina se identifica con el control intenso de la discrecionalidad, pues su revisión alcanza la calificación jurídica de los hechos, al estimar que aquello que la SMA da por probado, debe ser entendido en este sentido.

Por otro lado, con fecha 30 de julio de 2015, el 2TA dictó la sentencia, Rol R N° 33-2014, relativa al caso *Minera Los Pelambres (MLP) en contra de la SMA*. En resumen, el conflicto proviene de la supuesta infracción de los considerandos 10° y siguientes de la RCA N°38 de 2004 que aprobó el proyecto de MLP, y que exigía ciertas medidas de mitigación y compensación, tales como el ejercicio de actividades tendientes al rescate, conservación y puesta en valor de los

³⁰⁶ Ello se vincula con lo señalado en el considerando centésimo de la sentencia en comento, donde el 3TA estima que, la controversia que plantea ENDESA se refiere a la trascendencia o intrascendencia de la no incorporación de las fórmulas de cálculo de las sanciones, y si esto es de la entidad suficiente para estimar la Resolución Recurrida en "absoluta arbitrariedad y por consiguiente en ilegal por incumplimiento al deber de fundamentación de los actos administrativos", como sostiene la empresa.

sitios arqueológicos y del patrimonio cultural, que se encontraban en su área de influencia. Dada la denuncia de tales infracciones, y luego de llevar a cabo el procedimiento sancionatorio pertinente, la SMA, sancionó a la minera con una multa de 2.595 UTA, cuya Reclamación, contaba con diversos argumentos, dentro de los cuales nos centraremos en los que dicen relación con la imposición de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

A este respecto, el 2TA fue analizando una por una las letras del artículo 40 que estaban en pugna, para así fundar su decisión. Primeramente, respecto a la letra a), en su considerando sexagésimo, determinó su alcance, estableciendo que “existen dos hipótesis que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de “peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma. No podría entenderse de otra forma, pues lo que permitirá determinar cuánto incide el peligro en la determinación de la sanción, es justamente la entidad de éste”. Agregando en el considerando siguiente que “el concepto de daño utilizado en el literal a) del artículo 40, si bien en algunos casos puede coincidir, no es equivalente al concepto de daño ambiental definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300, y como consecuencia de ello, la noción de “peligro” tampoco lo es necesariamente en relación a un daño ambiental. En efecto, el alcance de los citados conceptos debe entenderse como referencia a la simple afectación o peligro ocasionado con la infracción. Luego, la “importancia o significancia” del daño o del peligro ocasionado, no es un requisito de procedencia de la circunstancia, sino que es justamente el criterio que debe utilizar la SMA para graduar el efecto que ésta tendrá en la determinación de la sanción específica”.

En relación con lo anterior, el 2TA establece que respecto al argumento de la falta de diligencia o cuidado por parte de MLP se trataría de la segunda acepción del artículo, esto es el “peligro ocasionado”. Sin embargo, bajo un estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal determinó que la SMA no logra fundamentar en qué medida la falta de un parque rupestre puso en peligro efectivo a los materiales arqueológicos, ya que igualmente se encontraban en un acopio temporal que en la práctica era fiscalizado por expertos.

Para finalizar el análisis de esta letra, en el considerando septuagésimo primero se remite a la sentencia del caso *Pascua Lama*, en razón de que, la SMA incurre nuevamente en una fundamentación insuficiente, al señalar que la importancia del peligro que ocasiona el incumplimiento de la medida de compensación, se considerará como agravante sin explicar de qué forma se concreta aquella en la determinación de la sanción específica. Por ello, establece que, la SMA al desarrollar los criterios del artículo 40 de la LOSMA, no puede limitarse a señalar, que la conducta anterior será considerada una agravante sin más “*omitiendo razonar*

respecto de lo más importante, que es precisar cómo se trasunta ese efecto agravante”, (considerando centésimo decimoctavo sentencia caso Pascua Lama). (Los destacados son míos).

Luego, al igual que en la circunstancia anterior, respecto a la letra c) del mismo artículo, el 2TA explicita la falta de fundamentación acerca del beneficio reportado (que a juicio de la SMA correspondió a 650 UTA), en vista de que la SMA no argumenta como llegó a ese monto ni cómo se relaciona con la multa impuesta. Agregando en el considerando septuagésimo sexto que “lo anterior no implica exigir un desarrollo acabado de las fórmulas empleadas para ello, pero sí de una *explicación razonable* que permita conocer cómo se arriba a dicho monto, lo que en este caso no ocurre”. (Los destacados son míos).

Además, se pronunció respecto a la letra d), indicando que debe constatarse primero la intencionalidad y participación para luego aplicar la sanción, la cual debe ser gradual dependiendo si actuó con dolo o culpa (intencionalidad) o si es autor, cómplice o encubridor (grado de participación). Así las cosas, el TA concluye en el considerando octogésimo tercero de su sentencia que, “la SMA configura la circunstancia constatando si concurre el elemento volitivo de la infracción, así como la participación del infractor, cuando en realidad, la aplicación de dicha circunstancia supone que previamente se haya determinado la concurrencia de dichos elementos, restando a la SMA precisar cómo será ponderado el grado de intencionalidad y participación en la determinación de la sanción definitiva. Con todo, es justamente esto último lo que configura *la insuficiente motivación de la circunstancia* por parte de la SMA, *pues ésta no explica de qué forma la intencionalidad y el grado de autor que se le imputa al titular del proyecto, inciden en la determinación de la sanción final”*. (Los destacados son míos).

Finalmente, analizando la circunstancia de la letra c) del artículo 40, el Tribunal afirma los postulados de la SMA en lo referente a que la pequeña entidad de la empresa no configura una rebaja o atenuación de la sanción. No obstante, denota que la SMA no señala de qué forma la capacidad económica del infractor incide en la determinación del monto final de la sanción, lo que implica un vicio de motivación que debe ser corregido.

En conclusión, en el considerando octogésimo séptimo, el Tribunal reitera la insuficiente fundamentación respecto de la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, cuestión que a su juicio, se debe a la forma en que la autoridad administrativa las utiliza como agravantes o atenuantes para determinar la sanción específica. En efecto, en la resolución impugnada se señala que algunas circunstancias serán consideradas agravantes (letras a) y f)) o como atenuantes (letra i)). Respecto a este punto, el mismo Tribunal señaló en el considerando centésimo decimoctavo de su sentencia de la causa Rol R N° 6-2013 (Caso Pascua Lama) que: “(...) el modelo sancionatorio de la LOSMA no regula expresamente las agravantes o atenuantes como criterios para determinar la sanción, ni mucho menos, como es obvio, establece ningún tipo

de reglas destinadas a verificar qué sucede cuando hay concurrencia de agravantes, atenuantes o ambas. Por lo tanto, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, donde los efectos de las circunstancias modificatorias están expresamente regladas entre los artículos 62 y 70 del Código Penal, en la LOSMA nada se dice sobre el punto”.

Ante esto, el Tribunal confirma la tipificación y calificación de la infracción establecida por la SMA, y acoge la reclamación de autos, sólo en cuanto a la aplicación y fundamentación de las circunstancias del artículo 40, debiendo el Superintendente, en la nueva resolución que dicte, fundamentarla suficientemente para determinar la sanción que, en definitiva, corresponda imponer.

Como se puede observar, el caso *Minera Los Pelambres (MLP) en contra de la SMA*, es un reflejo de dos pilares argumentativos seguidos por los Tribunales Ambientales. El primero de ellos, es claro y constituye la técnica de control mayormente empleada en sus sentencias, la motivación. En este sentido, ambos órganos jurisdiccionales, han asumido un estándar exigente de fundamentación, hecho que a su vez es indicativo de la mayor intensidad de la revisión judicial que realizan. De esta forma, han recalcado que no basta con la mera expresión de los motivos que fundamentan sus resoluciones sancionatorias, exigiéndose adicionalmente, que aquellas sean racionales, señalando las razones que la han impulsado a arribar al monto específico de la multa. Al mismo tiempo, tales razones deben ser suficientes o plenas, pues será la argumentación sólida entregada por la SMA, la que permita determinar si hay o no proporcionalidad en la sanción impuesta.

Por lo demás, la falta de razonabilidad en la decisión, es constitutiva de una *desviación de poder* por parte de la SMA, en razón del uso incorrecto de su potestad discrecional, ya que su ejercicio está sujeto a límites que deben ser respetados, de lo contrario devienen en arbitrarias. Por tanto, la correcta fundamentación, razonabilidad y proporcionalidad de la multa, son criterios esenciales para la interdicción de la arbitrariedad.

Esta primera línea, nos conduce al segundo argumento palmario que se infiere de las sentencias en análisis, relativo a considerar que, basta con una fundamentación racional y suficiente, para entender que la decisión adoptada en sede administrativa debe ser respetada, sin necesidad de que la SMA entregue una fórmula del cálculo matemático que tuvo en vista al fijar el monto de la multa.

En consecuencia, los Tribunales Ambientales efectúan en base a lo señalado, un control intenso o máximo de la discrecionalidad administrativa, con estándares exigentes de motivación, que buscan dar certeza a los administrados del modo en que la SMA resuelve los procedimientos sancionatorios incoados en su contra. Pese a ello, de todas formas se desprende de su análisis, que el hecho de estar controlando una potestad discrecional, implica ejecutar una revisión que si bien

será exhaustiva, se limita al examen de los criterios alcanzados previamente por la SMA, es decir, a los antecedentes establecidos en el expediente administrativo, mostrándose de acuerdo que si de aquel se desprenden decisiones debidamente fundadas, se aplicará, a su respecto, un principio de deferencia, ya que la presencia de razonabilidad en ellas, como se ha prevenido, mantiene su carácter de vinculantes para todos los intervinientes.

Ahora, ¿cómo influyó en esta última línea argumental la aprobación de las Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales de la SMA? Al respecto, veremos dos casos que reflejan un cambio en la exigencia de indicar expresamente la fórmula del cálculo de la multa.

Con posterioridad a la sentencia Rol, R N° 6-2014 del 3TA, que ordenó a la SMA la dictación de una nueva Resolución que fundamente debidamente los criterios del artículo 40 de la LOSMA, ésta en cumplimiento de lo preceptuado, emitió el 20 de mayo de 2015 la Resolución Exenta N° 404, que igualmente fue reclamada por ENDESA, al estimar que aquella carecía de fundamentación y proporcionalidad para determinar el monto de la multa impuesta. Ello, debido a que la SMA sólo señaló que, en consideración del factor intencionalidad, la multa por la infracción relativa a operar sin RCA, aumentaría de 977 UTA a 1477 UTA. Al respecto, la empresa se preguntó los motivos por los que se llega a esa diferencia de 500 UTA, y por qué no a otras cifras, concluyendo que tal Resolución, al no expresar las consideraciones tenidas en cuenta para la determinación de la sanción ni el cómo se arribó al cálculo de la misma, incumple el estándar mínimo de fundamentación que permite concebir las decisiones de la SMA como inteligibles y autosuficientes.

Ante ello, el 3TA sostuvo que la Resolución no se ajustó a derecho, puesto que la SMA no justificó adecuadamente el incremento de la sanción en base a su metodología de determinación de sanciones. Pues, el Tribunal entiende que si la SMA da, por medio de esta guía, a conocer su metodología de cálculo de sanciones, ella ha reconsiderado su posición anterior, de no hacer mención expresa de la misma, ya que según indica el Tribunal, dicha metodología permite analizar la forma de cálculo de las sanciones, en particular su componente de afectación, previniendo eso sí que siempre existirá algún grado de discrecionalidad en los parámetros de la fórmula de la sanción.

En razón de lo indicado, acogiendo lo argumentado por ENDESA, el 3TA el 12 de febrero de 2016, en sentencia Rol R N° 13-2015, *Empresa Nacional de Electricidad S.A. con SMA*, ordena a la SMA modificar la Resolución recurrida, debiendo señalar, cuál es el valor de seriedad utilizado en la determinación de la sanción, y exponer y justificar el factor de incremento dada la intencionalidad. Respecto a este último componente, el 3TA reconociendo que aquel es un porcentaje sujeto a la discrecionalidad de la SMA, sostiene que controlará su razonabilidad en

función de los hechos que ameritan su aplicación, es decir, que no sea desproporcionado. Lo anterior, a su juicio, permitirá hacer un balance entre el control jurisdiccional de la proporcionalidad de la sanción, por una parte, respetando al mismo tiempo, un nivel razonable de discrecionalidad de la SMA.

De modo similar, falló en este punto el mismo Tribunal, en su sentencia Rol R N° 23-2015 en el caso *Exportadora los Fiordos Limitada con SMA*, de fecha 26 de mayo de 2016, ante la interposición de un Recurso de Reclamación, por la empresa exportadora, contra la Resolución Exenta N° 994 de 2015. Dentro de los puntos controvertidos por la reclamante, destacan los relativos a la existencia de vicios y la falta de motivación en la determinación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Pues según señala, todos los eventuales incumplimientos fueron catalogados como leves, pero pese a esto, la multa impuesta superó el máximo permitido para este tipo de infracciones conforme el artículo 39 letra c) de la LOSMA. Además, realiza un análisis de ciertas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en especial, las letras a), d), h), que se engloban en el denominado componente de afectación, y c), que constituye el componente de beneficio económico.

Ante esto, la SMA contestó cada uno de los argumentos de la empresa, de los cuales sólo veremos los relacionados a la aplicación de sus Bases metodológicas. En primer lugar, la SMA sostuvo que el documento, "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales", es un documento referencial, que no crea ningún criterio nuevo desconocido por los regulados, y cuyo objetivo tiene sólo el objeto de transparentar con más detalle los criterios que se han usado para la determinación de sanciones pecuniarias. Agrega que, ella misma ha generado jurisprudencia administrativa en las Resoluciones sancionadoras finales, por lo que la reclamante podría haber verificado que no hay innovación, sino sólo mayor transparencia.

Además, indica que la metodología de estimación de beneficio económico, no es una copia del modelo utilizado por la United States Environmental Protection Agency (US EPA, en adelante EPA), sino que éste ha servido de referencia, adaptándolo al contexto normativo nacional. Considera, que en la ponderación del beneficio económico obtenido por motivo de la infracción, es indiferente si este fue originado por costos retrasados o evitados, por ganancias ilícitas, o por cualquier otra circunstancia según sea el caso, y que es irrelevante si la EPA tiene o no un modelo de estimación para ello.

A este respecto, el 3TA en relación a la circunstancias de la letra c) del artículo 40 de la LOSMA, que consagra el criterio del beneficio económico, indica en el considerando septuagésimo séptimo de su sentencia que, "no concuerda con la posición sostenida por la SMA en cuanto al carácter de referencial que le atribuye al documento denominado "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales", (...). El artículo segundo de

dicha resolución *expresa claramente que dichas bases serán aplicables a todos los procedimientos sancionatorios incoados por la SMA. Por lo tanto, en ningún caso puede considerarse que la Guía tenga un carácter referencial*, sin perjuicio que en casos excepcionales y debidamente justificados la SMA pueda apartarse de ella. Además, en sus vistos se expresa claramente que, conforme a su Ley Orgánica, se radica en la SMA la facultad exclusiva de imponer sanciones administrativas, disponiendo para ello de un procedimiento reglado, y que, para el cumplimiento de lo antes indicado, se ha diseñado las bases metodológicas, como una herramienta analítica cuyo objeto es la *búsqueda de coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando el efecto disuasivo de las mismas*". (Los destacados son míos).

Esta última sentencia, reviste importancia no sólo por lo que en ella se establece respecto a la fórmula de cálculo de la multa, sino también porque es reflejo de cómo el Tribunal, en virtud de su competencia para anular parcialmente lo resuelto por la SMA, puede modificar la sanción indirectamente. Lo anterior, se llevó a efecto en el caso al acoger el Tribunal parcialmente la Reclamación interpuesta por Exportadora Los Fiordos, estimando a la Resolución Exenta N° 994, que imponía a la empresa una multa total de 4143 UTA, como no ajustada a Derecho, razón por la cual, habiéndose eliminado varios cargos e infracciones, el monto de las multas confirmadas quedó en 1958 UTA. Aquí, el Tribunal, estableció directamente la multa, situación que resulta novedosa, ya que en casos anteriores si bien había anulaba parcialmente ciertas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, remitía, sin expresar monto alguno, los antecedentes hacia la Administración.

Cabe necesariamente, hacer mención a un grupo de sentencias cuya tratamiento no se realizará extensamente, sin embargo, sus resoluciones son también reflejo de la construcción de una relación entre la SMA y los Tribunales Ambientales, que en vista de la retroalimentación que han experimentado, hace posible colegir una especie de equilibrio entre ambos órganos especializados, pues a diferencia de las primeras sentencias que fueron comentadas en la actualidad, la SMA tiende a fundamentar más extensamente sus decisiones y el Tribunal a señalar su suficiencia, lo que sumado a la creación de la guía metodológica, facilita el control de la discrecionalidad administrativa. Todo esto, ha sido objeto de críticas, pues revela una predisposición de parte de la SMA a acomodar sus presupuestos a los exigidos por el Tribunal, hecho que a la larga podría disminuir el ejercicio de su potestad discrecional ante la imposición de un control rígido por parte de los Tribunales.

Dentro de estas, encontramos las sentencias Rol R N° 38-2014, del 07 de mayo de 2015 relativa al caso *Fisco de Chile en contra de la SMA*; Rol R N° 51-2014, del 08 junio de 2016 *Pampa Camarones S.A. en contra de la SMA*, ambas del 2TA y la sentencia Rol R N° 76-2015

con fecha 05 de octubre de 2016, que resuelve el caso *Antofagasta Terminal Internacional S.A. en contra de la SMA*.

Por último, resta esbozar brevemente que, como se dijo, la CS si bien guarda un rol preponderante en la materia, al revisar sus decisiones a raíz de la interposición de Recursos de casación en contra de las sentencias dictadas por estos Tribunales, denotamos que ésta tiene más bien una tendencia a ser deferente con los criterios alcanzados por ellos. En este sentido, se pronunció al confirmar la multa impuesta a *Pampa Camarones*, rechazando el recurso de casación presentado por la empresa contra la decisión del 2TA, descartando una supuesta infracción de ley en la sentencia que sancionó a la minera por 12 vulneraciones a la normativa. En la misma línea falló, al confirmar la multa de 1.477 UTA, establecida en contra de la central Bocamina, pese a asegurarse por ENDESA que la infracción no debía considerarse gravísima, sino sólo grave.

3. CONCLUSIONES PRELIMINARES

De la revisión jurisprudencial recién expuesta, queda de manifiesto el estándar de control adoptado por los Tribunales Ambientales, al revisar las Reclamaciones interpuesta en contra de las Resoluciones emanadas del procedimiento administrativo sancionador desarrollado por la SMA. Los Tribunales, conscientes de la dificultad de controlar las potestades discrecionales, en varias de sus sentencias, desarrollan latamente temáticas relacionadas con aquel, a modo de fijar criterios que informen de sus líneas argumentativas.

De ahí, la preocupación de los Tribunales por tratar ampliamente la importancia de que los actos administrativos cuenten con una fundamentación, expresa, razonable y suficiente, dado que este punto, es el eje central a la hora de configurar un sistema de control del ejercicio de la discrecionalidad. Así, el Tribunal fija un estándar de motivación exigente, que le permite efectuar un control máximo de las razones sobre las cuales la SMA funda sus multas.

El Tribunal, considerará que la motivación ha sido suficiente, si del razonamiento establecido en el expediente administrativo se logran comprender con claridad las circunstancias que fueron consideradas por la SMA para llegar al total de la multa, así la suficiencia permitirá verificar, tanto al infractor como al Tribunal, si en ella hay una ponderación de criterios posibles de admitir bajo el principio de proporcionalidad.

Lo anterior, configura un control intenso de la discrecionalidad administrativa, caracterizado por su exhaustividad, en aspectos jurídicos y técnicos, pues el Tribunal desarrolla extensamente cada una de las controversias que se plantean, no obstante, reconoce que la decisión final frente a materias relativas a potestades discrecionales, corresponde al órgano que las posee, es decir, a la SMA. Por ello, de todas las sentencias revisadas, en ninguna de ellas el Tribunal

entró a pronunciarse sobre la apreciación o valoración jurídica de los hechos, interviniendo únicamente en la calificación de los mismos, acción permitida dentro de los sistemas que afirman un respeto hacia la discrecionalidad de la Administración, a diferencia de lo que ocurre con la apreciación.

Por tanto, de la mayor intensidad del control no se desprende un desconocimiento de los criterios aunados en sede administrativa, ya que, los Tribunales deciden en base a lo fijado en dicha instancia. Luego, si los antecedentes cuentan con la fundamentación suficiente, el Tribunal sólo podrá confirmarlos, denotándose en tales casos una clara deferencia doctrinal. Por el contrario, la falta de razonabilidad en las sanciones, supondrá la eliminación del carácter de vinculante de la misma, estimándose arbitraria ante la desviación de poder de la SMA, supuestos en que, según vimos la deferencia del Tribunal hacia la SMA se pierde.

Ahora, este estándar intenso de control judicial sumado a la promulgación, por parte de la misma SMA, de sus Bases metodológicas, crean un escenario en que es posible pasar de una discrecionalidad cuyo campo de acción se controla minuciosamente, a una rigidez del mismo, cuestión que sólo el tiempo permitirá aclarar.

CONCLUSIONES

Con el mérito de lo expuesto, cabe concluir:

1. Nuestra institucionalidad ambiental, con la incorporación de la SMA y los Tribunales Ambientales, ha experimentado una transformación positiva en aras a resguardar con mayor eficiencia y minuciosidad técnica, las controversias jurídicas que se generen en estas materias. Lo anterior, debido a que ambos órganos son especialistas y efectuarán un tratamiento de los temas ambientales bajo pautas jurídicas y técnicas, que brindan una mayor certeza de la decisión alcanzada. De esta forma, por una lado, la SMA al centralizar las potestades fiscalizadoras y sancionatorias, logra crear un esquema coherente, que deja atrás la fragmentación característica del antiguo sistema. Por otro lado, con los Tribunales Ambientales, se crea un contencioso-administrativo especializado, que busca erradicar la impugnación de la actuación administrativa en sede de protección, quedando el uso del RP únicamente para aquellos casos de urgencia de tutela del Derecho Fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.
2. Hemos comprendido la discrecionalidad administrativa, como aquel margen de libertad limitado por el Derecho, que permite al órgano que lo detenta, elegir entre diversas opciones igualmente válidas. Dada su amplitud, es necesario establecer límites y técnicas a fin de controlar su ejercicio. Ello, es plenamente aplicable a la potestad sancionadora de la SMA, pues su discrecionalidad implica reconocer que la determinación específica de la sanción, corresponde a la definición de una política pública, que únicamente puede ser

determinada por ella. Esta potestad discrecional se establece desde el artículo 35 hasta el 40 de la LOSMA.

3. De lo anterior surge la problemática, de identificar hasta donde es susceptible ejercer el control judicial sobre la Administración, sin coartar su potestad conferida legislativamente. Específicamente, respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, los Tribunales Ambientales han venido ejerciendo, en base al control de la motivación, razonabilidad y principios una revisión intensa del correcto uso de los denominados parámetros de ponderación.
4. Esgrimimos también, que un control máximo no supone sustitución, al respecto, diferenciamos el resultado del control con el alcance e intensidad del mismo, pues lo último se corresponde con un estándar, cuya determinación fijará a su vez la extensión de la revisión judicial. En este escenario, únicamente habrá deferencia –denominada doctrinal– cuando la SMA actué de acuerdo a lo prescrito en su ley y fundamente razonablemente su multa, de lo contrario, se pierde el factor vinculante de la decisión administrativa, pues deviene, por la desviación de poder, en arbitraria.
5. No obstante lo anterior, el esquema de control no está exento de problemáticas, pues si bien el Tribunal reconoce la potestad sancionadora discrecional de la SMA, la utilización de herramientas propias de su especialidad, influyen en que adopte una posición en la cual tiende a competir con la SMA. Su configuración cuenta con elementos de tribunales especiales (artículo 2 y 25 de la Ley N° 20.600), y otros que lo asimilan más a un contencioso administrativo de nulidad (el artículo 30 del mismo cuerpo legal). No obstante, el citado artículo 30, va más allá de un contencioso-administrativo de mera nulidad, ya que, es posible que anule parcialmente la decisión adoptada por la SMA modificando indirectamente la multa, lo que sumado a la guía metodológica dictada por la SMA, permiten un control de la discrecionalidad que puede en algunos casos ir más allá de un control intenso o con grados mínimos de deferencia, empero, aquello dadas las permisiones legales que emanan de su ley, le es permitido.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ALARCÓN, Pablo: *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Editorial jurídica ConoSur, Santiago, 2000.
- ALDUNATE, Eduardo: “La desconstitucionalización de la Constitución”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXII, 2001.
- ARANCIBIA, Jaime: “El principio de necesidad de la sanción administrativa como potestad de *ultima ratio*”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Legal Publishing, Santiago, 2014.
- ARÓSTICA, Iván: “Algunos problemas de Derecho Administrativo Penal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Vol. LXXXV, N° 1, 1988.
- ARÓSTICA, Iván: “La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 10, 1986.
- ASTORGA, Eduardo: *Derecho ambiental chileno Parte General*, Legal Publishing, Santiago, 2012.
- AYLWIN, Patricio: “Evolución y progreso del régimen jurídico de la Administración del Estado de Chile”, en Pantoja (coord.): *Derecho administrativo 150 años de doctrina*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- BADTKE, Ricardo: “La organización de los Tribunales Ambientales: Cuestiones relativas a su diseño”, en Ferrada, Bermúdez y Pinilla (coords.): *La Nueva Justicia Ambiental*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- BELTRÁN, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- BERMÚDEZ, Jorge: “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XVII, 1996.
- BERMÚDEZ, Jorge: “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXI, 2000.
- BERMÚDEZ, Jorge: “Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XL, 2013.
- BERMÚDEZ, Jorge: “Reglas para la imposición de las sanciones administrativas en materia ambiental”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Legal Publishing, Santiago, 2014.

- BERMÚDEZ, Jorge: *Derecho administrativo general*, Legal Publishing, Santiago, 2014.
- BERMÚDEZ, Jorge: *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2014.
- BERTELSEN, Raúl: “El Recurso de Protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad de los Andes, Vol. 25, N° 1, 1998.
- BLANQUER, David: *La prueba y el control de los hechos por la jurisdicción contencioso – administrativa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BOETTIGER, Camila: “Instalación de los Tribunales Ambientales ¿problemas de diseño?” en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N°31, Enero 2015.
- BOETTIGER, Camila: “La relación de los Tribunales Ambientales con la justicia ordinaria”, en *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, N°29, 2014.
- BOETTIGER, Camila: “Nueva Institucionalidad Ambiental”, en *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, N°22, Julio 2010.
- BORDALÍ, Andrés; CAZOR, Kamel y FERRADA, Juan: “El Recurso de Protección como mecanismo de Control jurisdiccional ordinario de los actos Administrativos: una respuesta inapropiada a un Problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIV, 2003.
- BUSTOS, Daniela; RIQUELME, Paulina y MEDINA, Paula: “Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio”, en *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo*, N°23, Enero 2011.
- CAMACHO, Gladys: “La discrecionalidad administrativa en tela de juicio: notas para un reexamen de la cuestión”, en *Gaceta Jurídica*, N° 214, 1998.
- CAMACHO, Gladys: “Las directrices constitucionales para la Administración pública”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 67, 2005.
- CANO, Tomás: “Derecho administrativo sancionador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, N° 43, 1995.
- CÁRCAMO, Alejandro: “La obligatoria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en el Derecho Administrativo Sancionado: Fundamentos, alcances y aplicación”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Legal Publishing, Santiago, 2014.
- CARMONA, Carlos: “El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003”, en Ferrada (coord.): *La Justicia Administrativa*, Lexis Nexis, 2005.
- CASSAGNE, Juan: “La justicia contencioso – administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI”, en Cassagne, Juan (Director): *Procedimiento y Proceso Administrativo, Jornadas organizadas por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico. Facultad de Derecho. Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica.*

- Pontificia Universidad Católica Argentina*, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.
- CASSAGNE, Juan: “La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial”, en *Revista La Ley*, año LXXII, N°187, 2008.
 - CEA, José: “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, N° 1, 1984.
 - CORDERO, Eduardo: *Derecho Administrativo Sancionador*, Legal Publishing, Santiago, 2014.
 - CORDERO, Luis y GARCÍA, José: “Elementos para la discusión sobre Agencias Independientes en Chile. El caso de las Superintendencias” en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, Agosto 2012.
 - CORDERO, Luis: “Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, 2012.
 - CORDERO, Luis: “Deferencia judicial y revisión ambiental”, en Seminario “La Justicia Ambiental en el Derecho chileno actual: análisis a tres años de su puesta en práctica”, Universidad Austral de Chile, 20 de junio de 2016.
 - CORDERO, Luis: “Precaución y Recurso de Protección. Sobre los alcances de la sentencia de la Corte Suprema en el caso construcción Tranque el Mauro (2013) y su relación con el sistema de impugnación de decisiones ambientales”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, 2014.
 - CORDERO, Luis: *El Control de la Administración del Estado*, Legal Publishing, Santiago, 2009.
 - CORDERO, Luis: *Estudio preliminar Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?*, en *Jurisprudencia ambiental casos destacados*, segunda edición actualizada, Legal Publishing, Santiago, 2013, p. LXV.
 - COSTA, Ezio: “Los Tribunales Administrativos Especiales en Chile”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXVII, N°1, 2014.
 - DE LA FUENTE, Osvaldo: *Control judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*, Abeledo Perrot, Santiago, 2012, p. 53.
 - DEL RÍO, Carlos: “Los poderes de resolución y calificación jurídica en la doctrina jurisprudencial del tribunal europeo de derechos humanos. Paralelismos con la situación chilena”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXII, N° 1, 2009.
 - DESDENTADO, Eva: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
 - FERMANDOIS, Arturo y BARAONA, Jorge: “La inexactitud de los hechos que fundamentan un acto administrativo ¿Constituye un vicio de nulidad?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año VII, N° 7, 2003.

- FERMANDOIS, Arturo y CHUBRETOVIC, Teresita: “El Recurso de Protección en asuntos ambientales: Criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, 2016.
- FERNÁNDEZ – ESPINAR, Luis. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 26, 2012.
- FERNÁNDEZ, Tomás: “La discrecionalidad técnica: Un viejo fantasma que se desvanece”, en *Revista de Administración Pública*, N° 196, 2015.
- FERNÁNDEZ, Tomás: *De la arbitrariedad de la Administración*, Cuarta edición corregida, Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ, Tomás: *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Palestra Editores, Lima, 2006.
- FERRADA, Juan y SAGREDO, Pablo: “La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena: Fundamentos, regulación, limitaciones y desafíos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Universidad de Valparaíso, Vol. XLIV, Valparaíso, 2015.
- FERRADA, Juan: “El Recurso de Protección como mecanismo de control contencioso administrativo”, en Ferrada (coord.): *La Justicia Administrativa*, Lexis Nexis, 2005.
- FERRADA, Juan: “La articulación de las potestades administrativas y jurisdiccionales en la aplicación de sanciones administrativas en el derecho chileno: Poderes distintos pero complementarios”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Legal Publishing, Santiago, 2014.
- FERRADA, Juan: “Las potestades y privilegios de la Administración pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XX, N°2, 2007.
- FERRADA, Juan: “Revisión judicial de sanciones administrativas en materia ambiental”, en Seminario “La Justicia Ambiental en el Derecho chileno actual: análisis a tres años de su puesta en práctica”, Universidad Austral de Chile, 20 de junio de 2016.
- FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN: “Superintendencias, fiscalización y garantías fundamentales”, en *Ideas y Propuestas*, N° 102, Junio 2012.
- GALINDO, Mario: “El “Caso Itata”: Sobre el Control Jurisdiccional de la Discrecionalidad Técnica a través del Recurso de Protección”, en *Revista de Derecho Ambiental*, N°1, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, XV edición, Editorial Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “El control de los poderes discrecionales de la Administración”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N° 17, 1975.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Editorial Civitas, Madrid, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Cuarta edición ampliada, Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA, José y VERDUGO, Sergio: “De las Superintendencias a las agencias regulatorias independientes en Chile: Aspectos constitucionales y de diseño regulatorio”, en *Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, N° 22, Julio 2010.
- GARCÍA, José y VERDUGO, Sergio: *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los Jueces?*, Editorial Libertad Desarrollo, Santiago, 2013.
- GARCÍA, José: “¿Inflación de superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, en *Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, Tomo I, N° 19, Enero 2009.
- GARRIDO, Fernando: “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, N° 28, 1959.
- GONZÁLEZ, Francisco: “¿Es el derecho a vivir en un medio ambiente sano y adecuado un derecho humano reconocido como tal? ¿Cómo construir su adecuada tutela jurídica?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 28, N° 2, 2001.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago: “El criterio jurisprudencial norteamericano del "hard look" y el control de la discrecionalidad administrativa (en el medio ambiente)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 2, 2002.
- GUILOFF, Matías: “El control de la discrecionalidad administrativa por la Justicia Ambiental”, en Seminario “La Justicia Ambiental en el Derecho chileno actual: análisis a tres años de su puesta en práctica”, Universidad Austral de Chile, 20 de junio de 2016.
- GUILOFF, Matías y SOTO, Pablo: “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsiva” en Ferrada, Bermúdez y Pinilla (coords.): *La Nueva Justicia Ambiental*, Thomson Reuters, 2015.
- GUILOFF, Matías: “Campiche: Es revisable la Resolución de Calificación Ambiental”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, 2010.
- GUILOFF, Matías: “Coordinación sin sesgos: La regulación en la nueva institucionalidad ambiental”, en Durán, Montenegro, Moraga, Ramírez y Uriarte (Editores): *Derecho ambiental en tiempos de reformas actas de las V Jornadas de Derecho ambiental*, Legal Publishing, Santiago, 2010.

- GUILOFF, Matías: “Nueva Institucionalidad Ambiental: Hacia una Regulación Deliberativa”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, Agosto 2011.
- GUZMÁN, Rodrigo: *Derecho Ambiental Chileno: Principios, instituciones, instrumentos de gestión*, Editorial Planeta Sostenible, Santiago, 2012.
- HANTKE – DOMAS, Michael: “Características de los Nuevos Tribunales Ambientales: Jurisdicción y Especialidad”, en Ferrada, Bermúdez y Pinilla (coords.): *La Nueva Justicia Ambiental*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- HUEPE, Fabián: “El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración: Su control a través del principio de razonabilidad”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Legal Publishing, Santiago, 2014.
- HUNTER, Iván: “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, 2015.
- LIBERTAD Y DESARROLLO: “Institucionalidad ambiental: Los cambios que vienen”, en *Temas Públicos*, N° 891, 2008, p.2. Disponible en: http://lyd.org/other/files_mf/TP-891-Institucionalidad%20ambiental%20Los%20cambios%20que%20vienen-17-10-2008.pdf
- LIBERTAD Y DESARROLLO: “Superintendencias en Tiempos de Cambio”, en *Temas Públicos*, N° 948, 2009, p.1. Disponible en: http://lyd.org/other/files_mf/TP-948-Superintendencias%20en%20tiempos%20de%20cambio-18-12-2009.pdf
- MALLEA, María: “La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile”, en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, N° 32, 2014.
- MARSHALL, Pablo: “Notas sobre el contenido del principio de la democracia”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, N° 1, año 2, 2011.
- MONCADA, Alberto: “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, N° 28, 1959.
- OSORIO, Cristóbal: *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*, Legal Publishing, Santiago, 2016.
- PAREJO, Luciano: *Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias: un estudio al alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PAREJO, Luciano: *Derecho administrativo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003.
- PÉREZ, Clemente: “Reforma de la institucionalidad ambiental y la evaluación ambiental estratégica”, en Durán, Montenegro, Moraga, Ramírez y Uriarte (Editores): *Derecho ambiental en tiempos de reformas actas de las V Jornadas de Derecho ambiental*, Legal Publishing, Santiago, 2010.

- PÉREZ, Jorge: “¿El ocaso de Chevron?: auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 184, 2011.
- PIERRY, Pedro: “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 8, 1984.
- PLUMER, Marie Claude: “Los Tribunales Ambientales: Se completa la reforma a la institucionalidad ambiental” en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, Primera edición, Agosto 2013.
- PONCE DE LEÓN, Sandra: “Notas sobre la discrecionalidad en la Administración del Estado”, en Eduardo Soto Kloss (coord): *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Legal Publishing, Santiago, 2014.
- RAMÍREZ, José: “El sistema constitucional ambiental: Elementos caracterizadores del caso chileno”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 65, 2003.
- REYES, Jorge: *Invalidación de actos administrativos*, LexisNexis ConoSur, Santiago, 2002.
- SAAVEDRA, Rubén: *Discrecionalidad administrativa. Doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing, Santiago, 2011.
- SÁINZ, Fernando: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976.
- SALINAS, Carlos: “¿Legalidad en entredicho? Comentarios sobre discrecionalidad administrativa”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, N° 20, 2002.
- SÁNCHEZ, Miguel: “Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica”, en *Revista de Administración Pública*, N° 197, 2015.
- SÁNCHEZ, Miguel: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- SIERRA, Lucas: “Reforma de la institucionalidad ambiental: Problemas y oportunidades”, en *Revista de Estudios Públicos*, N°111, 2008.
- SILVA, Rodrigo: *Manual de Tribunales Ambientales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013.
- SOTO KLOSS, Eduardo: “La potestad sancionadora de la Administración ¿se adecúa a la Constitución?”, en *Sanciones administrativas y Derechos Fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo*, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás, 2005.
- SOTO KLOSS, Eduardo: “Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración”, en Arancibia y Alarcón (coords.): *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA)*, Legal Publishing, Santiago, 2014.

- SOTO KLOSS, Eduardo: *Derecho administrativo Temas Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2009.
- SUAY, José: “El derecho administrativo sancionador: Perspectivas de reforma”, en *Revista de Administración Pública*, N° 109, Enero – abril, 1986.
- TAPIA, Javier y CORDERO, Luis: “Revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional”, en *Revista de Estudios Públicos*, N° 139, 2015.
- URRUTIA, Osvaldo: “Jurisprudencia nacional, nuevos Tribunales Ambientales y derecho internacional del Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XL, 1er Semestre 2013.
- VALDIVIA, José Miguel: “Contenido y efectos de las sentencias de los Tribunales Ambientales” en Ferrada, Bermúdez y Pinilla (coords.): *La Nueva Justicia Ambiental*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- VÁSQUEZ, José: “Pasado y futuro del medio ambiente como derecho fundamental”, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 80, 2014.
- VENTURA, Manuel: “Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho administrativo”, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2010. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/9518>.
- VERGARA, Alejandro: “Esquema del contencioso administrativo: Su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del Recurso de Protección”, en *Colección Estudios de Derecho Público Primer Seminario de Litigación Pública Universidad de los Andes*, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, Santiago, 2011.
- VERGARA, Alejandro: “La motivación de los actos administrativos”, en *Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional*, Santiago, 2002.
- VERGARA, Alejandro: “Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial”, en *Centro de políticas públicas UC*, Pontificia Universidad Católica de Chile, año 10, N° 83, 2015
- ZAPATA, Patricio: *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- ZÚÑIGA, Francisco: “A propósito de la “agonía” o “muerte” del Recurso de Protección Ambiental” en *Revista de Derecho Universidad de Chile*, N°7, 2015.
- ZÚÑIGA, Francisco: “El Recurso de Protección y sus límites. A propósito de las “cuestiones técnicas””, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 14, N°2, 2007.

JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema, Rol N° 5.732-2007.
- Corte Suprema, Rol N° 221-2010

- Corte Suprema, Rol N° 32.368-2014
- Corte Suprema Rol N° 9025 – 2015
- Corte Suprema Rol N° 20.018-2016
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2180 – 2012
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2253 – 2012
- Tribunal Constitucional, Rol N° 2561 – 2013
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° R-13-2013
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 6-2013
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° R-14-2013
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 14-2014
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 23-2014
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N°33-2014
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 38-2014
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 51 – 2014
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 76-2015
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 83-2015
- Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 97-2016
- Tercer Tribunal Ambiental, Rol R N° 6-2014
- Tercer Tribunal Ambiental, Rol R N° 13-2015
- Tercer Tribunal Ambiental, Rol R N° 15 – 2015
- Tercer Tribunal Ambiental, Rol R N° 23-2015

OTRAS FUENTES

- Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Evaluaciones del Desempeño Ambiental: Chile, 2005. Disponible es:
http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/S0500003_es.pdf?sequence=1
- Noticia: <https://www.veoverde.com/2012/05/superintendente-de-medio-ambiente-que-acuso-ausencia-de-fiscalizacion-fue-removido-del-cargo/>