

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

DERECHO AMBIENTAL

ESTUDIOS DESDE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL AMBIENTAL
DE SANTIAGO

Volumen II

- Participación ciudadana en el derecho ambiental.
- Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.
- Criterios para la determinación de las sanciones administrativas: aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

Prólogo de
MARÍA EUGENIA SANDOVAL GOUËT
Ex ministra de la Corte Suprema



DERECHO AMBIENTAL.

Estudios desde la Jurisprudencia del Tribunal Ambiental de Santiago. Volumen II

© SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

EDITOR: EDITORIAL LIBROMAR SpA

ISBN: 978-956-6170-08-2

Registro de Propiedad Intelectual de Chile, N° 2022-A-6451

Se terminó de imprimir esta edición en agosto de 2022

Santiago de Chile

Imprenta CM Castro & MacDonald solo actúa como impresor

ÍNDICE

Prólogo	9
Presentación	13
COMENTARIO TEXTO TRIBUNAL AMBIENTAL	
Introducción	17
Participación ciudadana y medio ambiente: principales aproximaciones actuales	20
¿Qué se entiende por participación ciudadana en ámbitos ambien- tales?	20
Participación Ciudadana en el marco en el ámbito de decisiones en torno al medio ambiente	23
Evaluación de la participación ciudadana	25
Criterios para una participación ciudadana óptima	29
Comentarios respecto de la participación ciudadana en el derecho ambiental aplicados a casos del tribunal ambiental	33
Carácter de derecho subjetivo	33
Participación y justicia ambiental	34
Participación y legitimidad	35
No es posible el reemplazo de la participación ciudadana	36
No solo el SEA queda vinculado por la PAC. El titular y los órganos del Estado con competencia ambiental también se ven alcanzados por el principio participativo	36
Participación y antecedentes del expediente	37

Alcance de la participación	37
La participación como un límite a la competencia del SEA	38
PAC posterior a la evaluación ante procesos de revisión de una RCA .	39
Reflexión final	39
Referencias bibliográficas	42

**PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL DERECHO
AMBIENTAL**

I. La participación ciudadana más allá del mundo ambiental	47
II. Participación ciudadana en materia ambiental y su reconocimiento en el Derecho Internacional	50
III. Recepción nacional de la participación ambiental	54
IV. La configuración legal de la participación ciudadana en el SEIA . .	56
V. Criterios desarrollados por la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental en torno a la participación ciudadana	58
VI. Conclusiones	80
Referencias bibliográficas	83

**PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL DERECHO
AMBIENTAL**

Comentario al estudio del Segundo Tribunal Ambiental 87

I. Introducción	87
II. Fundamentos y fines de la participación ciudadana en materia ambiental	90
1. Aspectos generales	90
2. Fundamentos	92
3. Finalidades	95
III. Componentes del mecanismo participativo en el seia	102
1. Acceso a la información ambiental	103
2. Derecho a formular observaciones y que sean debidamente consideradas durante la evaluación	105
3. Derecho a la impugnación administrativa y judicial cuando se conculcan las garantías anteriores	109

IV. Posición de los terceros interesados en el SEIA	116
V. Consideraciones finales	122
Referencias bibliográficas	124

APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS
DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA 127

I. La determinación de sanciones en el ejercicio de la potestad sancionatoria ambiental	127
II. Discrecionalidad y ejercicio de la potestad sancionatoria ambiental .	131
III. Necesidad de fundamentación en la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA	134
IV. Las bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales	137
V. Principio de proporcionalidad en la interpretación de las circunstancias del artículo 40	140
VI. Oportunidad en que deben aplicarse las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA	142
VII. Análisis particular de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA en la Jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental	145
a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40 letra a) de la LOSMA)	145
b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (artículo 40 letra b) de la LOSMA)	148
c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (artículo 40 letra c) de la LOSMA)	149
d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (artículo 40 letra d) de la LOSMA)	153
e) La conducta anterior del infractor (artículo 40 letra e) de la LOSMA)	155
f) La capacidad económica del infractor (artículo 40 letra f) de la LOSMA)	156
g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º (artículo 40 letra g) de la LOSMA)	159
h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (artículo 40 letra h)	160

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción (artículo 40 letra i) de la LOSMA)	161
VIII. Conclusiones	163
Referencias bibliográficas	164

CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS: APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA	169
---	-----

I. Aspectos generales	169
II. El tratamiento de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de poderes punitivos	172
III. Resolución del procedimiento administrativo: la determinación de la sanción	177
IV. Determinación de la sanción administrativa: criterios para la fijación de la sanción concreta	179
i. La multa como sanción por antonomasia y la determinación de su monto	181
ii. Criterios de determinación de la sanción	183
iii. Metodología para la aplicación de sanciones	184
V. Análisis de los criterios para la determinación de las sanciones establecidos en el artículo 40 LOSMA	189
i. Aspectos generales	189
ii. Criterios establecidos en el artículo 40 LOSMA	192
iii. Sobre la aplicación de los criterios del artículo 40 LOSMA	195
iv. La motivación: requisito esencial del acto sancionador	199
VI. Reflexiones finales	204
Referencias bibliográficas	205

PRÓLOGO

En este libro del Segundo Tribunal Ambiental, se continúa en la senda de una publicación anterior destinada a dar a conocer las sentencias dictadas por éste, en materias relevantes en el Derecho Ambiental, introduciendo en esta oportunidad la opinión de profesoras y profesores respecto de la determinación de las sanciones que la Superintendencia del Medio Ambiente imponga en ejercicio de la potestad sancionadora que a ella le confiere su Ley Orgánica y la participación ciudadana en materia ambiental.

El análisis de las materias mencionadas se realiza sistematizando no sólo la jurisprudencia del Tribunal, sino que se complementa con citas de sentencias de la Corte Suprema, de doctrina, y referencia a otros antecedentes relacionados.

En el primer capítulo, relativo a la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente en la determinación de las sanciones administrativas que impone la Superintendencia, se abordan, entre otros, temas referidos a la discrecionalidad de la potestad sancionadora, a la necesidad de fundamentación en la ponderación de las mencionadas circunstancias y al análisis particular de cada una de ellas.

Se incluye en este capítulo el trabajo de la Profesora de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Rosa Fernanda Gómez González, sobre “Criterios para la determinación de las sanciones administrativas: aplicación de las circunstancias

del artículo 40 de la LOSMA”, en el cual se hace un análisis de la potestad sancionadora desde la perspectiva del Derecho Administrativo, para luego enfocar el análisis en el ya aludido artículo 40.

El segundo capítulo, sobre la participación ciudadana en materia ambiental, ésta se analiza desde la perspectiva del Derecho Internacional y se refiere a la inclusión de la misma en la Ley N° 19.300, en el denominado Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Se efectúa además una reseña en base a la jurisprudencia del Tribunal Ambiental, sobre el rol que desempeña la participación ciudadana de manera previa a la toma de decisiones, de la cual se extraen algunas características de la misma, a saber, es un derecho subjetivo y la intervención efectiva de las personas interesadas disminuye la posibilidad que el acto final sea cuestionado, entregándole mayor legitimidad a la norma creada o a la actividad autorizada.

En este capítulo, se agregan dos estudios, el primero del Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Chile, Camilo Mirosevic Verdugo, en el cual se analizan los fundamentos y fines de la participación ciudadana en el Derecho Ambiental y los elementos que componen el mecanismo participativo en el procedimiento.

El segundo, de los Profesores de la Pontificia Universidad Católica de Chile Kay Bergamini y José Ignacio Medina, y de la Profesora de la Universidad de Chile Vanessa Rugiero, quienes desde la perspectiva de las ciencias sociales se refieren a las aproximaciones actuales de la participación ciudadana y medio ambiente y a los criterios para una participación ciudadana óptima.

La sistematización de las sentencias del Tribunal efectuada en la forma relacionada constituirá un valioso aporte en el conocimiento de los criterios en que se basan las decisiones del Tribunal, ya que permitirá que las personas en general, los jueces, la academia y los estudiosos del Derecho Ambiental puedan acceder a ellas en forma fácil y expedita, sumando a ello la posibilidad de conocer la opinión de los y las profesores/as que han colaborado en este libro.

El principio de publicidad de los actos de los tribunales establecido en el artículo 9 del Código Orgánico de Tribunales, ha inspirado

a la Corte Suprema para la creación del Baremo Jurisprudencial de Daño Moral y para desarrollar el Proyecto de Modernización de la Jurisprudencia de este Tribunal, ambos orientados a la consecución del objetivo que las sentencias de los tribunales de justicia sean fácilmente conocidas por las personas.

Cabe agregar, que la Corte Suprema, teniendo en consideración el principio general de publicidad, así como la normativa sobre transparencia y protección de datos personales, dictó un nuevo Auto Acordado, sobre Criterios de Publicidad de Sentencias y Carpetas Electrónicas, contenido en el Acta 44-2022, publicada el 15 de febrero pasado, que entrará en vigencia el 1º de julio próximo.

Esta nueva regulación contempla como regla general que las sentencias se deben publicar en forma íntegra y sin límite de tiempo, a menos que ellas contengan datos protegidos por la normativa vigente, caso en el cual, se resguardará la identidad de las personas a través de la anonimización.

Es fácil advertir que la decisión del Tribunal Ambiental de Santiago de publicar este libro y que esté a disposición del público en forma gratuita en su página web se inspira también en el principio de publicidad y está orientado a similar objetivo que el perseguido por la Corte Suprema.

El Tribunal y su Unidad de Estudios, merecen un reconocimiento por esta iniciativa, que sin duda contribuirá al desarrollo del Derecho Ambiental en Chile.

MARÍA EUGENIA SANDOVAL GOUËT
Ex ministra de la Corte Suprema

PRESENTACIÓN

El ejercicio de la función jurisdiccional implica un proceso de aplicación del derecho a los casos que se someten a conocimiento de las distintas magistraturas. Este proceso entraña un compromiso con el rigor en el análisis tanto de los antecedentes de hecho como de derecho envueltos en cada uno de ellos y que constituyen el objeto del quehacer judicial. Pero este compromiso no se agota en un proceso analítico, sino que persigue satisfacer el ideal de justicia que inspira a cada órgano que ejerce jurisdicción.

Los Tribunales Ambientales no escapan a estos imperativos. Su función de impartir justicia ambiental es desarrollada con altos estándares de análisis jurídico y científico, reflejados en sus decisiones, las que se materializan en las resoluciones judiciales que emiten. Las sentencias de los Tribunales Ambientales construyen, de esa forma, un reflejo de su trabajo como órganos jurisdiccionales, así como del continuo perfeccionamiento de la forma cómo ese trabajo se realiza.

Este proceso evolutivo en busca de la justicia ambiental no puede, sin embargo, ser entendido como un proceso meramente interno. Este se desarrolla de cara a la comunidad en la medida que sus decisiones y los fundamentos de ellas son eminentemente públicos. Las partes y la comunidad en general deben tener la efectiva posibilidad de conocerlas, como una expresión de acceso a la justicia ambiental en su más amplio sentido.

Reconocemos, sin embargo, que el cumplimiento de este propósito puede verse dificultado por el creciente número de causas resueltas por los Tribunales Ambientales, así como por la complejidad de las materias sometidas a su decisión. Esta magistratura consciente de dicho desafío ha trabajado arduamente en la sistematización de su jurisprudencia. Producto de este trabajo, el año 2021 se publicó el libro titulado “Derecho Ambiental: Estudios desde la judicatura del Tribunal Ambiental de Santiago” en el cual se compiló la jurisprudencia más destacada sobre legitimación procesal, invalidación y anulación, el principio de conservación de los actos administrativos ambientales y sobre los programas de cumplimiento.

El texto que hoy se divulga continúa con la línea antes descrita a la vez que profundiza y avanza en el cumplimiento de estas metas. En efecto, en este nuevo libro, no sólo presentamos de manera sistematizada y didáctica dos análisis jurisprudenciales de temas relevantes ventilados en esta sede ambiental. Además de ellos, hemos incorporado estudios preparados por destacados académicos en relación con dichos trabajos, como forma de complementar y profundizar en este esfuerzo divulgativo.

El primero de los análisis contenidos en esta obra se refiere a la **“Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente”** (en adelante “LOSMA”). Sobre esta disposición, que contiene los elementos que la Superintendencia del Medio Ambiente debe considerar en la determinación de sanciones, se propone un análisis de 3 aspectos fundamentales. El primero radica en la relevancia del deber de fundamentación del acto sancionatorio, como condición del ejercicio de las potestades atribuidas por el legislador a la Superintendencia del Medio Ambiente y límite a la discrecionalidad. Enlazado con este, se aborda el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria y cómo la disposición comentada tributa a su cautela. Finalmente, se realiza un repaso de la aplicación práctica que han recibido cada uno de los literales de esta norma.

Este análisis cuenta con el comentario de la Doctora en Derecho y Profesora de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad

Católica de Valparaíso, Rosa Gómez González. En su aporte, la Doctora Gómez aborda el tópico de la discrecionalidad en la actividad sancionadora de la administración. La autora destaca que el establecimiento de ciertos márgenes de discrecionalidad este ámbito puede resultar necesario para un adecuado y correcto ejercicio de tales potestades. Su comentario reflexiona sobre el rol de límite que el artículo 40 de la LOSMA juega dentro de estas atribuciones a la autoridad ambiental, así como el de las “Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” aprobadas por la propia Superintendencia del Medio Ambiente.

El segundo análisis lleva por título **“Participación ciudadana en el derecho ambiental”**. El mismo comienza con una necesaria referencia a la relevancia de este tópico y a su reconocimiento tanto en el plano nacional como internacional. A continuación, se propone una detallada revisión de los principales criterios delineados por esta magistratura. Por una parte, estos criterios se enfocan en la ineludible tarea de caracterizar a la participación ciudadana como parte del derecho ambiental chileno, enfatizando así su rol de derecho subjetivo y legitimante, así como su relación con la satisfacción del ideal de justicia ambiental. Por otra parte, los demás criterios se refieren a las consecuencias de la falta o defectuoso desarrollo de un proceso de participación ciudadana. Destaca especialmente los criterios definidos por el Tribunal para ayudar a decidir sobre la procedencia de un proceso participativo ante una DIA.

Dicho análisis cuenta con dos comentarios, cada uno con distintas miradas del fenómeno participativo desde el mundo académico. El primero de ellos, está a cargo del profesor Camilo Mirosevic Verdugo, quien efectúa un juicio desde el derecho ambiental. En su propuesta, el profesor Mirosevic profundiza en el fundamento y finalidades de la participación ciudadana, pero también proporciona una mirada académica de las decisiones del Segundo Tribunal Ambiental sobre esta materia, y el diálogo jurisprudencial entre esta magistratura y los Tribunales Superiores de Justicia. El segundo comentario, fue elaborado por los profesores Kay Bergamini, José Ignacio Medina y

Vanessa Rugiero, y nos proponen reflexionar sobre la participación ciudadana desde la óptica de las ciencias sociales. Los autores no sólo nos invitan a dar una mirada desde fuera de las ciencias jurídicas, sino que además identifican problemas de la participación ciudadana en sede ambiental, a la vez que proponen vías de acción para solucionarlos, así como indicadores para medir el éxito de un proceso de estas características.

La reseña que acabo de efectuar permite al lector de este libro tener una visión general de la obra y de sus objetivos. A su vez, esta breve revisión quiere dar cuenta del esfuerzo realizado por esta magistratura por crear más y mejores canales de divulgación de su labor, haciendo accesible el contenido de sus decisiones. La brevedad de estas palabras omite, sin embargo, mucha de la riqueza de las temáticas abordadas tanto por los análisis como por los comentarios de los académicos invitados, los cuales podrán ser aprehendidos mediante su lectura.

No podría concluir esta presentación sin agradecer al equipo del Segundo Tribunal Ambiental que colaboró activa y entusiastamente en la preparación de los análisis que conforman esta obra. También agradecer sinceramente a las y los profesores Rosa Gómez, Camilo Mirosevic, Kay Bergamini, José Ignacio Medina y Vanessa Rugiero por su generosa participación en este proyecto, el cual enaltece el texto que hoy dejamos a disposición.

ALEJANDRO RUIZ FABRES
Ministro
Presidente del Segundo
Tribunal Ambiental

COMENTARIO TEXTO TRIBUNAL AMBIENTAL

KAY BERGAMINI, JOSÉ IGNACIO MEDINA, VANESSA RUGIERO

Septiembre, 2021

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la discusión del proyecto de Ley General sobre Bases del Medio Ambiente, la participación ciudadana fue uno de los aspectos claves ya que marcaba un hito en las políticas públicas nacionales, pues consideraba por primera vez el principio de participación, tal como se puede extractar del mensaje presidencial de 1992 incorporado en la historia de la Ley N° 19.300:

5) En quinto lugar, el proyecto establece el principio participativo. Este principio es de vital importancia en el tema ambiental, puesto que, para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática. Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto, tal vez no con la fuerza que algunos los hubiesen querido, o, para otros quizá consagrado con demasiada extensión. Pero ha sido necesario compatibilizar este principio con el de la responsabilidad de las opiniones (BCN, 1994).

En dicha ocasión se establecieron cinco grandes puntos en los cuales la ciudadanía podía intervenir, incluyendo la impugnación de proyectos de inversión o la solicitud de reparación por daño ambiental, la creación de un consejo consultivo, la búsqueda de participación de los municipios, la educación ambiental y, por úl-

timo, la creación de un procedimiento público para la dictación de normas ambientales, todos incluidos en la promulgación de la Ley N° 19.300 el año 1994.

Posteriormente en la discusión de la actualización de dicha Ley, en el nuevo mensaje presidencial que ingresa el 2008, se proponen mejoras a la participación ciudadana, sobre todo en el proceso de evaluación ambiental y en la relación con los gobiernos regionales y municipios, pero quizás uno de los elementos más relevantes es la incorporación del acceso a información ambiental, tal como se aprecia en el siguiente extracto:

“[...] una de las áreas ausentes de nuestras regulaciones en términos sustantivos, pero que forma parte de las materias vinculadas a la participación ciudadana, como fenómeno de profundización de la democracia, es el acceso a la información de contenido ambiental.

La mayoría de los países distinguen entre el acceso a la información pública, del acceso a la información ambiental utilizando este último mecanismo como un sistema de transparencia activa que busca reducir las asimetrías de información entre el Estado, el sector privado y las comunidades (BCN, 2010)”.

En dicho contexto, se aprobaron esta y otras modificaciones el año 2010 mediante la Ley N° 20.417, que luego pudieron tener garantías de revisión dada la promulgación de la Ley N° 20.600 y la creación de los Tribunales Ambientales. También en ese mismo período es posible citar la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública y la Ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, que también incidieron en la visión del Estado respecto de estas materias.

Sobre el particular, y a casi diez años del inicio del sistema de control ambiental, que comenzó su vigencia con plenas facultades el 28 de diciembre de 2012 con la constitución del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, a continuación, se expone este texto que busca comentar críticamente el capítulo de “Participación ciudadana en el derecho ambiental”.

Para realizar lo anterior se presentan dos secciones con una discusión teórica y de evidencia aplicada respecto de qué se entiende por participación ciudadana, identificando las principales aproximaciones actuales y sus características para dar paso luego a una síntesis de temas o criterios que son relevantes en la actualidad, con foco en su aplicación para las decisiones con efectos ambientales en el ámbito de políticas públicas.

La construcción de estas secciones se realizó mediante revisión bibliográfica por parte de los tres autores de este comentario, quienes a su vez sistematizaron y categorizaron los alcances, interpretaciones y criterios de la participación ciudadana, tanto desde la teoría como desde el marco legal e institucional, para dar cuerpo a lo que se presenta. Cabe señalar que este trabajo no pretende ser una revisión exhaustiva, pero intenta llegar y dar cuenta, eso sí, de las principales tendencias actuales en la materia.

Posteriormente, en el cuerpo principal del comentario se efectúa una apreciación de cada uno de los puntos descritos en el capítulo de “Participación ciudadana en el derecho ambiental” en relación con los temas relevantes detectados en la discusión teórica y de evidencia. El objetivo de lo anterior es intentar posicionar tanto el estado de avance del derecho ambiental como los fallos del Tribunal Ambiental, respecto de las discusiones actuales acerca de la participación ciudadana en materia ambiental, identificando logros y brechas, como parte del aporte a la discusión de futuras políticas públicas que se deban desarrollar en la materia.

Para lograr lo anterior, en cada uno de los puntos se identificó el referente teórico o criterio asociado al punto tratado en el texto del Tribunal Ambiental, intentando hacer una valoración subjetiva, pero consensuada, respecto de la distancia que se presenta, para identificar qué tan cerca (logro) o que tan lejos (brecha) se encuentra.

Finalmente, el capítulo concluye con una reflexión respecto del ejercicio realizado destacando los aspectos claves a tener en consideración, así como los desafíos que se plantean para el futuro.

Es importante destacar que la confección de este comentario considera la perspectiva de tres expertos en materias de políticas públicas ambientales y participación ciudadana, con una mirada interdisciplinaria, sin ser abogados o investigadores del derecho, por lo tanto, la invitación a comentar realizada por el Segundo Tribunal Ambiental permite generar un diálogo que aporta en la mirada que deben tener estos temas, tan críticos en la actualidad y donde la legitimidad de las instituciones se encuentra en juego.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y MEDIO AMBIENTE: PRINCIPALES APROXIMACIONES ACTUALES

¿QUÉ SE ENTIENDE POR PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN ÁMBITOS AMBIENTALES?

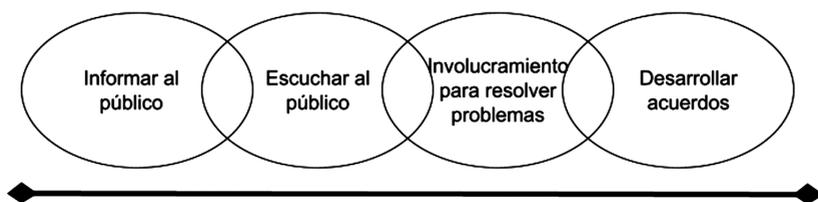
De acuerdo con Creighton (2005) por participación ciudadana se entiende “[...] el proceso mediante el cual las preocupaciones, necesidades y valores públicos se incorporan en la toma de decisiones gubernamentales y corporativas. Esta comunicación e interacción es bidireccional, con el objetivo general de tomar mejores decisiones respaldadas por la ciudadanía”, (CREIGHTON, 2005: p. 7). El mismo autor plantea que luego de la revisión de distintas definiciones, estas coinciden en que el proceso de participación ciudadana:

- Se aplica respecto de las decisiones administrativas. Es decir, las que suelen tomar los órganos de la administración del Estado (y en ciertas ocasiones organizaciones privadas), pero no los funcionarios electos ni los jueces.
- No es solo brindar información. Debe existir interacción entre el órgano que toma la decisión y las personas que quieren participar.
- Corresponde a un proceso organizado para involucrar a la ciudadanía. No es algo que ocurra de forma accidental o coincidente.

- Los participantes tienen cierto nivel de impacto o influencia en la decisión que se toma.

Se debe tener presente que la incorporación de la ciudadanía en las políticas públicas se da en el marco del “continuo de la participación”, que considera: 1) Informar a la ciudadanía; 2) escuchar a la ciudadanía; 3) involucrar a la ciudadanía en la resolución del problema; y 4) desarrollar acuerdos, tal como se observa en la figura 1.

Figura 1
Continuo de la participación



Fuente: CREIGHTON (2005).

A partir de lo anterior, en términos prácticos, participación ciudadana en el ámbito ambiental se puede entender como el conjunto de instancias, tales como reuniones públicas, talleres, paneles de asesoría ciudadana, en los cuales se busca informar a la ciudadanía, responder inquietudes, tomar opiniones o preocupaciones para diseñar o mejorar decisiones de la administración pública, incluyendo normativas, políticas, planes o, incluso, proyectos; o como herramienta para la resolución de conflictos cuyo origen se vincule con efectos ambientales derivados de tales decisiones. En el caso de la toma de decisiones ambientales, la participación ciudadana se relaciona con la noción de democracia participativa y justicia ambiental (DU PLESSIS, 2008).

Es importante mencionar que la participación ciudadana en la toma de decisiones con efectos en el medioambiente se relaciona con la mirada de desarrollo sostenible; así también, existe una serie de

visiones, sobre todo de los años setenta, como las de Ophuls y Hardin, que planteaban que para resolver los conflictos ambientales era necesario un Estado autoritario (RICHARDSON & RAZZAQUE, 2006).

La definición de participación ciudadana, en ámbitos más específicos tales como el proceso de evaluación ambiental o justicia ambiental, contiene distintos énfasis y diferencias. Aunque es relevante la definición de participación ciudadana para establecer los límites de hasta dónde llega en cada ámbito de acción; la literatura contemporánea se ha centrado en la relevancia para evaluarla y hacerla efectiva, es decir, cómo generar un mecanismo para hacer efectiva la participación y lograr el objetivo que se busca.

Para Richardson & Razzaque (2006) existirían tres líneas de pensamiento relacionadas con participación ciudadana en materia ambiental correspondientes a:

- *Elitismo racional.* Trata la política ambiental como compleja y técnica, que requiere principalmente conocimientos especializados y administrativos. Esta doctrina enfatiza la toma de decisiones por parte de expertos y concede una participación limitada al público en general cuando tiene información que puede ayudar a los expertos.
- *Liberal democrático.* Hace hincapié en los derechos de los individuos y las ONG para ser consultados y escuchados en la toma de decisiones. Cuando la legitimidad electoral es débil, la legitimidad procesal adquiere mayor relevancia.
- *Democracia deliberativa.* Que busca empoderar a los ciudadanos en la toma real de decisiones y reorientar los procesos de decisión hacia valores éticos y sociales fundamentales.

En el mismo contexto los autores plantean que no necesariamente hay límites claros entre ellas y más bien están presentes a través de sus elementos constitutivos en movimientos como ciudadanía ambiental (ve la participación ciudadana como un medio para fomentar la responsabilidad ambiental) y la justicia ambiental (ve la toma de decisiones democrática como una forma de garantizar la equidad

social en la distribución de los costos y beneficios ambientales de las decisiones políticas).

Es importante mencionar que recientemente se ha estado acuñando el concepto de Participación Ambiental (LANDSTRÖM, 2020), que se refiere a las formas en que las personas se relacionan con el medio ambiente natural, actuando colectivamente, en y a través de las instituciones científicas y el gobierno democrático, considerando a quienes no están conectados formalmente con estos, validando entonces el conocimiento tácito que puede existir en las comunidades.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL MARCO EN EL ÁMBITO DE DECISIONES EN TORNO AL MEDIO AMBIENTE

Siguiendo el esquema planteado por Richardson & Razzaque (2006), la participación ciudadana con foco en medioambiente respecto del quehacer del Estado, es posible encontrarla en: a) las disposiciones constitucionales y derechos ambientales; b) el proceso de toma de decisiones administrativas; c) el acceso a la información ambiental; y d) el acceso a la justicia, las que se desarrollarán a continuación.

En primer lugar respecto a las disposiciones constitucionales y derechos ambientales, cada día son más los países que incorporan la participación ciudadana en diversas formas (RICHARDSON & RAZZAQUE, 2006). En el mismo sentido, un reciente estudio realizado por Hervé (2021), concluye, luego de la revisión de treinta constituciones de diferentes países, que existen ocho temas relevantes para considerar en materia de medioambiente, siendo uno de ellos el llamado “Derecho de Acceso” que incluye aspectos de participación, información y justicia.

En segundo lugar, en relación con el proceso de toma de decisiones administrativas Richardson & Razzaque (2006), plantean este elemento como uno de los pilares de la Convención de Aarhus, indicando que esto se refiere a la participación ciudadana en distintos contextos, como el de elaboración de propuestas, planes y políticas

de desarrollo específicas, así como en los procesos de elaboración de normativas.

En el ámbito de procesos de EIA, existe un amplio consenso de la importancia de hacer efectiva la participación ciudadana (GLUCKER *et al.*, 2013; LOSTARNAU *et al.*, 2011). Desde la perspectiva de los problemas de distribución y reconocimiento, la literatura ha enfatizado el papel de la participación como una herramienta para mejorar los canales de la democracia a través de la identificación y participación de las personas que pueden verse afectadas por un proyecto (GLUCKER *et al.*, 2013; PALERM, 2000). En este contexto, un proceso de participación ciudadana exitosa podría tener consecuencias distributivas críticas, al incluir un mayor grado de reparto del poder relacionado con la decisión final, lo que conduciría a una mayor legitimidad del resultado (PALERM, 2000).

Además, la participación ciudadana podría, por ejemplo, aumentar la calidad de los estudios de EIA mediante el uso de la información y el conocimiento ambiental y social de las comunidades afectadas (MORRISON-SAUNDERS y EARLY, 2008; GLUCKER *et al.*, 2013; MOMTAZ y GLADSTONE, 2008).

Adicionalmente, desde la perspectiva del manejo de conflictos, los estudios empíricos han encontrado que niveles más significativos del proceso participativo podrían ayudar a identificar y resolver conflictos antes de que se tomen decisiones finales, legitimando dichas decisiones (GLUCKER *et al.*, 2013; PALERM, 2000; SUN *et al.*, 2016).

Lo anterior es complementario con el desarrollo que ha tenido en el mundo la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) que plantea que incorporar las visiones ambientales al momento de diseñar las políticas públicas, sería más efectivo para resolver las consecuencias de estas decisiones, incluyendo por supuesto la participación de la ciudadanía durante el proceso (PARTIDARIO, 2012; RICHARDSON & RAZZAQUE, 2006).

En tercer lugar, respecto del acceso a la información ambiental, esta facilita la participación ciudadana en los procesos administrativos y judiciales, ayuda a promover una toma de decisiones más racional

e informada, y fomenta la toma de decisiones transparente y responsable (RICHARDSON & RAZZAQUE, 2006). De acuerdo a Vera (2015) el acceso a información pública ambiental desestimula el desarrollo de conflictos socio ambientales, evita la duplicación de estudios, beneficia a las empresas en la medida que reduce los costos por revocación de permisos ambientales y, por último, reduce las fallas asociadas a la información imperfecta o asimetrías de información en la toma de decisiones.

Finalmente, en cuarto lugar, respecto al acceso a justicia, Richardson & Razzaque (2006) plantean diferentes situaciones en las que debe estar considerado, dentro de las que destacan la revisión judicial de las decisiones administrativas (en las cuales no existiría un espacio deliberativo como tal y se sustenta en la decisión de los jueces), la litigación de interés público (o juicios civiles de reparación ambiental), y los tribunales ambientales o los procesos alternativos de resolución de conflictos. En dicho contexto, respecto de los tribunales ambientales, se relacionaría con el enfoque de elitismo racional, ya que incorporan jueces técnicos y están más abiertos muchas veces a considerar las preocupaciones de la ciudadanía, pero son pocos los países que han establecido con éxito tribunales ambientales con un enfoque liberal de legitimación.

EVALUACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Existen muchas formas de entender, clasificar, y definir los alcances de una participación ciudadana, dependiendo del marco regulatorio de un país, las costumbres, las diferentes culturas, el lenguaje y grupos que se relacionan en torno a ella, entre otros.

La evaluación de qué tan efectiva es una participación, por tanto, depende de cómo los intereses y personas afectadas son identificadas, cómo el público se informa, y cómo sus insumos son considerados y afectan la decisión (LOSTARNAU *et al.*, 2011). Si la participación busca mejorar la decisión final hacia lo óptimo en términos a la

distribución de costos y beneficios, puede considerarse efectiva toda vez que logre ser legítima.

Sin embargo, una participación ciudadana que tenga los efectos esperados y que además ofrezca estas fortalezas no tiene una receta única. La literatura contemporánea apunta a que el proceso de participación debe tener una estructura flexible que permita contribuciones significativas entre las partes interesadas (WEBLER *et al.*, 1995; ABELSON *et al.*, 2006). A su vez, para orientar y evaluar una participación ciudadana, se sugiere el uso de un conjunto previo de principios de buenas prácticas (ver, p. ej., ABELSON *et al.*, 2006).

Estos principios pueden variar según el marco legal y el resultado buscado así, por ejemplo, puede incluir objetivos como transparencia, influencia en la toma de decisiones, reparto de poder, educación para equilibrar capacidades, etc. Sin embargo, el éxito de la participación no necesariamente garantiza el éxito del resultado de la participación cuando se busca, por ejemplo, acuerdo entre las partes.

Para diseñar y evaluar una participación ciudadana “efectiva”, se debe comprender primero qué corresponde a una participación “exitosa”. El “éxito” de la participación ciudadana se define en dos dimensiones: por una parte en el contexto del proceso participativo y, por otra, como resultado de la participación (CHESS y PURCELL, 1999). Para evaluar el “éxito” del proceso de participación, se puede analizar la equidad del proceso, cómo se intercambió la información, los procedimientos y el número de participantes (CHESS y PURCELL, 1999).

El paraguas conceptual utilizado para comprender qué constituye un proceso exitoso se basa en dos conceptos: aprendizaje y negociación. Las etapas de aprendizaje y negociación ocurren en diferentes períodos de participación, sobreponiéndose y nutriéndose mutuamente. Como señalan Webler y Tuler (2006), las preferencias de las personas pueden evolucionar a través del aprendizaje y la negociación, lo que abre las puertas para una mayor exploración sobre cómo elaborar buenos procesos que satisfagan las necesidades de diversos participantes y patrocinadores. La etapa de aprendizaje

es vital para equilibrar el poder de negociación. Implica que la comunidad necesita entender los impactos potenciales de un proyecto, las posibles medidas de mitigación y compensación, sus derechos y cómo dialogar internamente entre los diferentes grupos locales y con la empresa. En el caso de la empresa, esta etapa de aprendizaje social significa comprender la cosmovisión y las preocupaciones de las comunidades afectadas y aprender a simplificar el lenguaje técnico para comunicar las diferentes partes de los proyectos y sus implicancias de manera efectiva.

El resultado de la participación, a su vez, puede evaluarse analizando si las decisiones aceptadas son mejores, duraderas y si hubo consenso (CHESS y PURCELL, 1999), o si al menos dio información pertinente para aclarar dudas y responder a preocupaciones.

Una participación ciudadana exitosa es un ingrediente necesario tanto para el éxito en los objetivos de la participación, como para la legitimidad de los acuerdos, sin embargo, no es suficiente. El contexto donde ocurre la participación está profundamente ligado al éxito de ambas dimensiones de la participación pública exitosa, imponiendo facilidades y limitaciones. Las barreras impuestas por atributos contextuales pueden incluir desconfianza preexistente, bajo capital social, bajos niveles de educación, vínculos sociales débiles entre grupos locales. Este contexto debe ser considerado al momento de entregar información.

Además, no existe consenso entre los expertos sobre cuáles deberían ser los principios definidos para el proceso y las metas utilizadas para evaluar su resultado. Mientras que algunos académicos utilizan principios específicos como parte del proceso, otros definen algunos de ellos como parte de las metas del resultado (ver CHESS y PURCELL, 1999; PALERM, 2000). Por ejemplo, para algunos autores, la incidencia de participantes es un indicador del resultado, mientras que para otros es un principio para evaluar el proceso. Además, (CHESS, 2000) sostiene que los enfoques de evaluación son lo suficientemente ambiguos como para que sea difícil adoptar una única definición de evaluación.

Desde la perspectiva del derecho ambiental y recursos judiciales, el objetivo de la participación y su proceso, son de algún modo más limitantes de aquellos que podrían ocurrir en el contexto de una evaluación ambiental. La resolución de conflictos por medio de este procedimiento, ocurre en situaciones donde se hace evidente una controversia ambiental que escala desde, pero no se limita exclusivamente a los recursos administrativos. En este sentido, la participación ciudadana podrá generar incidencias pero con limitaciones propias del procedimiento.

En situaciones donde se reclama sobre una decisión administrativa en torno a un proyecto, el principio básico es que no corresponde a los jueces interferir en la decisión, ya que esto es competencia del tomador de decisión, a menos que la decisión sea “manifiestamente irrazonable” o la forma en que la decisión se haya tomado sea errónea (RICHARDSON y RAZZAQUE, 2006). En consecuencia, los procedimientos judiciales de revisión de decisiones administrativas no suelen examinar si la decisión tomada fue buena o mala desde una perspectiva política o ética amplia, sino que simplemente verifican si el organismo público ha actuado dentro de sus poderes estatutarios (RICHARDSON y RAZZAQUE, 2006). Por lo tanto, los objetivos de la participación tales como lograr acuerdos, se escapan de las metas posibles con las cuales se pueda evaluar el resultado de un proceso.

Así también, la participación durante conflictos que escalan por perjuicio ambiental, sea por razón de una violación o amenaza de violación de su derecho o interés, norma, etc., generan limitaciones en el acceso, debido generalmente a los costos que implican (RICHARDSON y RAZZAQUE, 2006). Es por ello que se recomienda un apoyo estatal generoso y esquemas de financiamiento de los intervinientes (sobre todo la ciudadanía con limitaciones de acceso económico), de modo de hacer más ecuánime el acceso a estos procedimientos.

Es por estas razones, que el objeto de evaluar el resultado podría ser, por ejemplo, el acceso a la justicia, pero que requiere indagar sobre realidades contrafactuales de aquellos que no participan en juicios ante la presencia de daño ambiental o para cuando quieren

reclamar sobre una decisión administrativa. Respecto al proceso, por más poco flexible que sea en términos de incidencia, se podría evaluar en qué medida la participación permitió profundizar en mejorar la información de un proyecto o situación de daño, más allá de la decisión final que se tome.

En síntesis, y fuera de los atributos o limitaciones que podrían existir en distintas instancias de participación ciudadana dada la naturaleza de un instrumento (EIA, discusión de normas, etc.), se debe tener en claro tanto el contexto donde ocurre el proceso y los resultados de la participación. Un proceso de participación puede considerarse efectivo, si acaso responde a los objetivos que se quiere atender. Así también, el éxito del resultado de la participación debe evaluarse desde la mirada de lo que se quiere lograr (metas de un resultado esperado), aparte de los temas particulares que constituyen el resultado como tal (puntos sobre los acuerdos, montos sobre compensaciones, sentencias, etc.). El contexto, por otra parte, será necesario considerarlo para saber sobre qué principios se requiere más énfasis o tratamiento especial, de modo de buscar mecanismos que permitan atender brechas o limitaciones. Así, la evaluación de una buena participación dependerá ciertamente del contexto y cómo se diseñan herramientas para atender a los principios de participación tanto en el proceso como en el resultado.

CRITERIOS PARA UNA PARTICIPACIÓN CIUDADANA ÓPTIMA

La participación y legitimidad en torno a la evaluación y operación de proyectos, así como las normas ambientales, se pueden precisar en dos cuestiones. La primera es que puede ser considerado como un principio del proceso de participación, siempre y cuando entregue igualdad de oportunidades, aprendizaje mutuo, información accesible y transparente y la posibilidad de tener injerencia en mejorar o complementar la información existente debido a la cual se

toman las decisiones. La segunda es que la legitimidad del proceso se puede evaluar en la medida que la decisión tomada se considera incluyendo niveles superiores de poder compartido, relacionado con la decisión final, siendo con ello decisiones menos cuestionables. Por otra parte, considerando el primer punto sobre su carácter de derecho subjetivo y justicia ambiental, entender que el éxito surge cuando hubo una participación adecuada de los interesados y afectados, y que estos entienden su derecho a, por ejemplo, acceder a la información, es pieza importante para una apropiada distribución de costos y beneficios.

De igual manera, la influencia en proyectos es un elemento muy relevante y se asocia al punto anterior, puesto que mejora la legitimidad. Sin embargo, la tardanza de la participación en el caso de SEA en Chile, es un elemento para considerar como potencial limitante. Esta tardanza ha sido duramente criticada por académicos chilenos (ver por ejemplo LOSTARNAU *et al.*, 2011; SEPÚLVEDA y VILLARROEL, 2012; ROJAS *et al.*, 2003; DE LA MAZA, 2001), puesto que ocurre cuando se ha tomado una parte significativa de las decisiones sobre tecnología, tamaño, ubicación y acciones de mitigación. Ello, según estos autores, ha limitado no solo la comprensión de los impactos por parte de las comunidades locales, sino también su influencia en mejoras significativas en materia de estudios ambientales, mitigación y acciones compensatorias. Además, esta participación tardía parece “justificar decisiones ya tomadas” y, por lo tanto, “crear condiciones para conflictos futuros” (DE LA MAZA, 2001), como ya lo han experimentado muchos de los proyectos energéticos y mineros de Chile.

El entendimiento de esta limitación de contexto, sirve para evaluar con sensatez hasta qué medida es posible la influencia en proyectos. Programas como el de Preinversión de la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático (ver el caso de Espejo de Tarpacá), u otras iniciativas de naturaleza privada, han colaborado con establecer un diálogo con comunidades afectadas, permitiendo tener mejor injerencia al evaluar alternativas de los proyectos, fomentar

acuerdos, mejorar la legitimidad de estos, y reducir probabilidad de conflictos ambientales.

Con el ánimo de complementar lo expuesto en el punto V del documento, se proponen cinco principios que sirven para evaluar el éxito del proceso de participación: (1) incidencia en las sentencias; (2) igualdad de oportunidades y distribución del poder; (3) inclusión de todas las partes interesadas; (4) transparencia; y (5) educación mutua para tomar decisiones bajo el conocimiento y comprensión apropiados de la cuestión por parte de los involucrados.

Es necesario señalar que no todos estos principios son igualmente importantes, porque pueden variar según el contexto. Asimismo, todos ellos deben estar presentes al menos en algún grado durante el proceso, entendiendo que hay momentos en que algunos son más importantes que otros. Por ejemplo, la educación mutua es esencial al inicio del proceso para comprender los impactos potenciales del proyecto, mientras que la incidencia es relevante cuando se solicitan estudios ambientales adicionales al final de un caso.

Tabla 1:
Crterios y principios para evaluación de éxito del proceso de participación

Principio	Indicadores
<p>1. Incidencia El proceso incorpora las necesidades e intereses de los participantes en la toma de decisiones.</p>	<p>Criterio 1.1: El proceso de participación fue informado de manera efectiva y temprana en el territorio para asegurar una participación libre e informada.</p> <p>Criterio 1.2: Los participantes inciden en la definición de áreas críticas de analizar, tales como diseño, identificación de impactos, análisis de alternativas y beneficios locales.</p> <p>Criterio 1.3: El proceso considera las opiniones y necesidades de los participantes a lo largo del proceso.</p>

Principio	Indicadores
<p>2. Inclusión</p> <p>El proceso busca asegurar la participación a través de estrategias y herramientas adecuadas que garanticen la representación e involucramiento activo de todos los grupos e intereses del territorio que pudieron haber sido ignorados en procesos administrativos previos.</p>	<p>Criterio 2.1: Los intereses del territorio están adecuadamente representados durante el proceso, aplicando cuando es necesario un tratamiento alternativo a los grupos que puedan tener potenciales barreras para participar.</p> <p>Criterio 2.2: Las personas o grupos que deseen participar pueden hacerlo uniéndose voluntariamente al proceso.</p> <p>Criterio 2.3: El proceso definió objetivos y reglas de manera comprensible para todas las partes interesadas.</p>
<p>3. Oportunidades</p> <p>El proceso participativo cuenta con mecanismos que apuntan a la equidad e igualdad en el acceso a la participación y la posibilidad de expresar libremente opiniones, intereses y necesidades. Debe haber una consideración especial con aquellos grupos que se sienten excluidos y/o que requieren de mecanismos adecuados para asegurar su participación y sus necesidades.</p>	<p>Criterio 3.1: Todos los participantes tienen la misma posibilidad (y peso) de expresar sus opiniones, intereses y necesidades.</p> <p>Criterio 3.2: El proceso toma en consideración diferencias culturales relevantes de las comunidades afectadas.</p> <p>Criterio 3.3: Se busca nivelar capacidades sociales y usar lenguaje apropiado para enfrentar asimetrías entre las partes.</p> <p>Criterio 3.4: Personas con necesidades especiales son apoyados para participar en el proceso.</p>
<p>4. Educación</p> <p>El proceso promueve oportunidades de aprendizaje al impulsar el intercambio de información y el trabajo colaborativo, abordando el conocimiento científico experto y el conocimiento local.</p>	<p>Criterio 4.1: El proceso participativo incluye mecanismos que fomentan la recopilación colaborativa de información relevante.</p> <p>Criterio 4.2: El proceso debe asegurar que, de ser necesario, se realicen estudios y mecanismos de entrega de información comprensible adicionales para evaluar la incidencia ambiental, social y cultural del proyecto.</p>

Principio	Indicadores
<p>5. Transparencia de la información El proceso aborda las asimetrías de información para garantizar la disponibilidad, comprensión y acceso temprano y permanente de todos los que participan.</p>	<p>Criterio 5.1: Toda la información relevante sobre el proceso y el proyecto está documentada, entregada a tiempo y disponible para aquellos que quieran leerla.</p> <p>Criterio 5.2: La información proporcionada es comprensible para todas las partes.</p>

Fuente: Elaboración propia en base a revisión de Acuerdos de Preinversión de la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático.

COMENTARIOS RESPECTO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL DERECHO AMBIENTAL APLICADOS A CASOS DEL TRIBUNAL AMBIENTAL

Respecto de los criterios desarrollados por la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental y el rol de la participación ciudadana previa a la toma de decisiones, se observa una relevante conceptualización del Tribunal para cuando se elaboran reclamaciones en torno a deficiencia de los procesos en la generación de normas o permisos de proyectos. A continuación se analiza cada uno de ellos en detalle.

CARÁCTER DE DERECHO SUBJETIVO

Lo que se expone bajo el título de “*Carácter de derecho subjetivo*”, debiese considerarse como parte del contexto que permite evaluar la legitimidad de la decisión, siendo constitutivo del resultado de la participación.

Respecto de las citas a los fallos allí incluidas, se hace referencia al acceso al expediente (causa Rol R-86-2015) y la participación informada como elemento central de la evaluación (causa Rol R-93-2016).

Acá se hace presente tener a la vista el continuo de la participación ciudadana (CREIGHTON, 2005. Mostrado en figura 1), donde el informar y escuchar son parte del proceso, pero se debería incluir a la ciudadanía en la resolución de problema y el desarrollo de acuerdos, para que pueda ser comprendida como tal.

En este sentido, los criterios señalados en la tabla 1, expresan lo anterior de forma general, ya que se relaciona directamente con la aplicación de este derecho subjetivo.

Es importante relevar también la necesidad de que los elementos principales que se exponen como información sean comprensibles por los actores involucrados en la participación, de modo que tenga un efecto. En este sentido, flexibilizar la forma de exponer la información dependiendo del contexto es sumamente relevante, considerando las limitantes respecto a temas tales como la educación de los afectados hasta el tecnicismo del lenguaje.

PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA AMBIENTAL

Respecto al punto sobre “*Participación y justicia ambiental*”, parece muy relevante indicar la necesidad (aunque no suficiencia) de la participación ciudadana informada para alcanzar la justicia distributiva, en el sentido del reparto ecuánime de costos y beneficios ambientales.

En el mismo aspecto, la referencia a la participación deliberativa (causa Rol R-96-2016) es importante, puesto que tiene que ver con la influencia o el efecto que tiene finalmente la participación ciudadana propiamente tal en la decisión, y que se relaciona con el principio 1 de Incidencia y sus tres criterios vinculados con información adecuada, incidencia respecto de las decisiones y consideraciones de las opiniones.

La conclusión en relación con los procesos de participación ciudadana y, a modo de juicio, es que hoy en día la entrega de información adecuada, la consideración de las opiniones, y la incidencia real de dichas opiniones, es algo que está limitado por la naturaleza tardía en el SEA, y al menos la literatura muestra que la conside-

ración de estos aspectos aún no ha sido del todo lograda (ver, por ejemplo, DE LA MAZA, 2001 y SEPÚLVEDA y VILLARROEL, 2012). Esto obviamente afecta el óptimo de la distribución de costos y beneficios en el territorio, en la medida que no hay incidencia en el diseño de un proyecto, de manera que la comunidad afectada logre visibilizar prejuicios y que estos sean atendidos en el marco del proceso.

PARTICIPACIÓN Y LEGITIMIDAD

El éxito de un resultado de participación se estima que puede basarse en la legitimidad de los acuerdos, estos no reflejan si la comunidad acepta un proyecto en particular, sino más bien, que la empresa y las partes afectadas llegaron a algún grado de avenencia respecto al diseño del proyecto, mitigación, reparación o compensación.

Un alto nivel de legitimidad puede reflejar que, en conjunto, los atributos contextuales y las condiciones del proceso fueron suficientes para llegar a un acuerdo resultante de decisiones ecuanímes y competentes. Equidad significa que la oportunidad y distribución del poder hacia una decisión significativa se equilibró entre todas las partes interesadas. Competencia significa que las partes tomaron esta decisión basándose en el conocimiento y la comprensión adecuados del tema (WEBLER *et al.*, 1995). Por lo tanto, la legitimidad se evalúa en función de la equidad y la competencia.

En relación con "*Participación y legitimidad*" se menciona el fallo de la causa Rol R-22-2014, respecto de escasísima participación así como un fallo de la Corte Suprema, en cuanto a la necesidad de que existan estos procesos.

A la luz de lo anterior, es importante mencionar que la legitimidad no tiene que ver con la existencia del proceso o la cantidad de personas que participan en él, sino con que la decisión se tomó de manera ecuaníme (todos los interesados tuvieron la oportunidad de participar en igualdad de condiciones) y competente (se utiliza todo el conocimiento existente y se comprende adecuadamente el tema).

NO ES POSIBLE EL REEMPLAZO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Tal como se ha visto a lo largo de este comentario, la participación ciudadana es la base para fomentar y fortalecer la gobernabilidad, el escenario de gobernanza y hacerse partícipe del proceso de toma de decisiones sobre asuntos que afectan las dimensiones políticas, económicas, sociales, culturales y ambientales, como parte de la toma de decisión y acción de las políticas públicas. Al respecto, la ley ha considerado que debe ser obligatoria en algunos casos (tal como se menciona en cita a fallo de causa Rol R-86-2015).

En dicho sentido no existe mucho más que mencionar, solo respecto a que finalmente es la administración del Estado quien debe favorecer que esto ocurra, debiendo desplegar los mecanismos necesarios para su pleno desarrollo.

NO SOLO EL SEA QUEDA VINCULADO POR LA PAC. EL TITULAR Y LOS ÓRGANOS DEL ESTADO CON COMPETENCIA AMBIENTAL TAMBIÉN SE VEN ALCANZADOS POR EL PRINCIPIO PARTICIPATIVO

En este punto, es importante mencionar que no solo la autoridad a cargo de un proceso de participación ciudadana es quien la debe considerar, sino también otros órganos y otros actores tal como lo menciona el fallo causa Rol R-131-2013 citado en el documento.

Acá es importante tener en cuenta los criterios 1.3 referente a la participación durante todo el proceso, 2.3, referido a que las reglas son claras para todos, 4.1, para que se considere una recopilación colaborativa de información, 5.1 toda la información se entrega a tiempo y está disponible para poder revisar; y finalmente, 5.2 a partir del cual toda la información debe ser comprensible.

PARTICIPACIÓN Y ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE

Existe una importante limitante en la configuración propia de la información recopilada por el titular durante procesos en el SEA, puesto que la ciudadanía no tiene injerencia para complementar y mejorar la información que forma parte de los expedientes. Existen, sin embargo, algunas excepciones que dependen de la voluntad del titular, y la actual regulación obliga a la autoridad para motivar adecuadamente la respuesta a las preocupaciones y observaciones de los intervinientes.

Esto tiene implicancias en base a la tabla 1, porque limita el criterio 1.2 (incidencia en definición de áreas críticas), y el 4.2 (el proceso debe asegurar que, de ser necesario, se realicen estudios y mecanismos de entrega de información comprensible adicionales para evaluar la incidencia ambiental, social y cultural del proyecto). De argumentarse apropiadamente por parte de los interesados que la información de los expedientes es insuficiente y no está plenamente justificada, surge como la única alternativa en este contexto, que podría ser corregida por la declaración de nulidad. Es importante considerar esta limitante de contexto para evaluar posibles alternativas que permitan que la ciudadanía tenga injerencia en el levantamiento de información.

ALCANCE DE LA PARTICIPACIÓN

Entendiendo que la autoridad ambiental no queda comprometida ni obligada a suscribir una posición a lo observado por los intervinientes, se destaca la relevancia de promover adecuadamente su respuesta. De esta manera, la importancia de considerar las observaciones presentadas por la comunidad afectada e interesados es un rol fundamental en el SEA, como se menciona en la causa R-169-2017 citada en el documento.

En primer lugar, esto se vincula con el criterio 1.3 del principio de Incidencia, sobre la necesidad de que el proceso considere las opiniones y necesidades de los participantes a lo largo del proceso. Sin

embargo, la gran limitante de contexto que surge es que la regulación actual no promueve una participación durante todo el proceso y está restringida en tiempo, momento y tipo de instrumento (EIA o DIA en ciertas circunstancias).

En segundo lugar, se relaciona con el criterio 3.1 del principio sobre Oportunidades que dice que todos los participantes tienen igual posibilidad de expresar opiniones, intereses y necesidades. Aunque este elemento pueda cumplirse, es importante considerar también criterios que se relacionan a este, como el criterio 3.2 (el proceso toma en consideración diferencias culturales relevantes de las comunidades afectadas), el 3.3 (se busca nivelar capacidades sociales y usar lenguaje apropiado para enfrentar asimetrías entre las partes), 3.4 (personas con necesidades especiales son apoyadas para participar en el proceso), el 5.1 (toda la información relevante sobre el proceso y el proyecto está documentada, entregada a tiempo y disponible para aquellos que quieran leerla), y el 5.2 (la información proporcionada es comprensible para todas las partes). En todas ellas, el marco legal ambiental impone limitaciones que son importantes de considerar para buscar estrategias de aplicación que permitan finalmente que la decisión administrativa no sea cuestionada por los intervinientes.

LA PARTICIPACIÓN COMO UN LÍMITE A LA COMPETENCIA DEL SEA

Justamente cuando no se consideran opiniones, intereses y necesidades sobre impactos no evaluados se estaría vulnerando el principio participativo, tal como se cita en la causa R-143-2017.

Estas problemáticas serían herencia de la limitación de la participación, en el sentido de su continuidad, tal como se describe en el criterio 1.3, y algunos criterios relacionados con el principio de Oportunidades, como es el 3.1, sobre igual posibilidad de expresar opiniones durante todo el proceso, incluyendo cuando se lleva a recursos administrativos.

PAC POSTERIOR A LA EVALUACIÓN ANTE PROCESOS DE REVISIÓN DE UNA RCA

Cuando se hace revisión de RCA por cambios sustantivos en alguna de sus variables es necesario contemplar mecanismos de información pública, tal como se indica en el Instructivo Revisión Excepcional de RCA, contenido en el Ord. N° 150.584/2015, y citada por el documento.

Lo anterior requiere, sin embargo, una apropiada comunicación para que los interesados puedan comprender de qué se tratan los cambios y opinar de forma informada sobre ellos. Esto se relaciona con los criterios 3.1 (igualdad de oportunidad y expresar opiniones durante todo el proceso), 3.3 (el proceso considera las opiniones y necesidades de los participantes a lo largo del proceso de evaluación, el 4.2 (el proceso debe asegurar que, de ser necesario, se realicen estudios y mecanismos de entrega de información comprensible adicionales para evaluar la incidencia ambiental, social y cultural del proyecto) y el 5.1 (toda la información relevante sobre el proceso y el proyecto está documentada, entregada a tiempo y disponible para aquellos que quieran leerla). Lo anterior, dada la importancia que tiene una RCA en el proceso, teniendo en cuenta que a través de esta resolución se aprueba o rechaza un proyecto, lo que implica la necesidad de que la información que contenga sea adecuadamente presentada y tenga la alternativa de ser visualizada por agentes que tienen distinto nivel de educación.

REFLEXIÓN FINAL

El documento de participación ciudadana en el derecho ambiental expone de forma acertada los alcances, interpretaciones y criterios de la participación ciudadana en el caso de Chile. No obstante, se considera oportuno enfatizar aún más ciertas limitaciones o brechas que existen dentro del marco legal en Chile que no permiten optimizar los beneficios de la participación ciudadana. Entre ellos se destaca:

- 1) *La naturaleza tardía de la participación ciudadana:* Como expone De la Maza (2001), una de las principales problemáticas es que la participación ocurre tardíamente, lo que puede interpretarse como que la participación funcionaría para justificar decisiones ya tomadas. En otras palabras, esta participación pública tardía puede omitir cualquier discusión sobre las preocupaciones ambientales de las comunidades anfitrionas (DE LA MAZA, 2001). Este problema tiene tres consecuencias importantes. En primer lugar, la ausencia de una participación pública temprana y funcional que podría permitir que se lleven a cabo negociaciones para lograr un paquete aceptable de mitigación y compensación para la comunidad anfitriona, significa que los desarrolladores de proyectos pueden cumplir con los estándares actuales sin minimizar los costos ambientales. En segundo lugar, dado que hay poco espacio para negociar alternativas para las propuestas de proyectos, la población afectada encuentra más incentivos para emprender acciones colectivas con el fin de reducir los riesgos percibidos. En tercer lugar, la participación tardía tiene incidencia desde el punto de vista de la eficiencia económica, puesto que podría significar un aumento de costos de transacción¹ (ver, p. ej., HAMILTON, 1993; SWALLOW *et al.*, 1992).
- 2) *La naturaleza limitada de la participación en el SEA:* La oportunidad de desarrollar un proceso de participación ciudadana durante una DIA ocurre bajo ciertas condiciones. La falta de esta puede escalar en conflictos ambientales, que nuevamente repercuten en costos de transacción que se expresan como aumento en tiempos de tramitación, costos asociados a recursos administrativos y litigios, entre otros. Así también, los tiempos restringidos y tardíos de participación implican una dinámica

¹ Los costos de transacción en economía ambiental se refieren a los obstáculos sobre una posible negociación directa entre afectados y empresas que generan externalidades (impactos). Tales costos incluyen aquellos incurridos en convocar a las partes involucradas, identificación y organización de estos, negociar con agentes intermediarios, etc. (ver PEARCE y TURNER, 1990).

que limita posibles injerencias y educación mutua entre titulares del proyecto y afectados.

- 3) *Herencia de conflictos por limitaciones de participación ciudadana*: estas falencias pueden hacer heredar conflictos que escalan en el Tribunal. Sea que se justifiquen porque se explicita la limitada participación, o porque existe una controversia que pudo haber sido prevenida y resuelta anteriormente. Si acaso los costos percibidos por las instituciones del Estado, privados y sociedad civil son mayores que en situaciones contrafactuales que ocurren con participación efectiva, entonces se puede entender que se está bajo una falla de la gobernanza ambiental, que podría derivar en subóptimos desde el punto de vista de la eficiencia económica. Además, podría implicar limitaciones para atender la distribución ecuánime de costos y beneficios, puesto que la participación efectiva podría mejorar la negociación y el resultado de la participación (legitimidad).

A pesar de que existen importantes limitaciones, eso no implica que el Estado no pueda promover la participación ciudadana efectiva. Documentos como el del Segundo Tribunal Ambiental en esta materia, iniciativas privadas y programas como el de Preinversión² impulsado por la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático son importantes para ello, ya que permiten exponer alcances y beneficios de la participación efectiva desde la experiencia.

Se recomienda sistematizar una evaluación de la participación que sea transversal a todas las instituciones que se articulan en el derecho ambiental y que sirva de insumo para identificar lecciones que puedan materializarse en mejoras legales y de gobernanza ambiental. Una manera de hacerlo es evaluar separadamente el éxito del proceso de participación y su resultado en términos de niveles de legitimidad en la toma de decisiones.

El éxito del proceso puede evaluarse considerando cinco principios: (1) incidencia en la toma de decisiones; (2) igualdad de oportu-

² https://www.ascc.cl/pagina/acuerdos_voluntarios_de_preinversion

tunidades y distribución de poder; (3) inclusión de todas las partes interesadas; (4) transparencia; y (5) educación mutua para tomar decisiones basadas en el conocimiento y comprensión apropiados de la cuestión por parte de los involucrados.

El éxito del resultado de la participación, a su vez, se puede evaluar en términos de decisiones equitativas y competentes.

Finalmente, y en base a la literatura revisada, así como los fallos mencionados en el texto del Segundo Tribunal Ambiental, muestran que se hace urgente y necesario avanzar en reformas legales para incorporar la participación ciudadana como un mecanismo para mejorar las decisiones de la administración del Estado. No obstante lo anterior, y para ser enfáticos, se requiere sobre todo generar los mecanismos, tanto institucionales como financieros, para que la ciudadanía organizada o no, pueda acceder a los procesos de participación ciudadana o de reclamación ante tribunales ambientales de manera equitativa y equilibrada, a los mismos órganos del Estado o al titular de un proyecto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELSON, J., GAUVIN, F.-P., *et al.* (2006): *Assessing the impacts of public participation: Concepts, evidence and policy implications*. Canadian Policy Research, Networks Ottawa, retrieved from https://www.researchgate.net/profile/Julia-Abelson/publication/5100037_Assessing_the_Impacts_of_Public_Participation_Concepts_Evidence_and_Policy_Implications/links/5447fdfe0cf2d62c30529dbf/Assessing-the-Impacts-of-Public-Participation-Concepts-Evidence-and-Policy-Implications.pdf
- BCN, B. del C. N. (1994): *Historia de la Ley N° 19.300*, Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, retrieved from <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6910/>
- BCN, B. del C. N. (2010): *Historia de la Ley N° 20.417*, Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, retrieved from <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798/>
- CREIGHTON, J. L. (2005): *The public participation handbook: Making better decisions through citizen involvement*, disponible, en <https://smartnet.niua.org/sites/default/files/resources/Public%20Participation%20Handbook.pdf>

- CHESS, C., PURCELL, K. (1999): Public participation and the environment: Do we know what works? *Environmental Science & Technology*, 33 (16), 2685-2692, retrieved from <https://pubs.acs.org/doi/abs/10.1021/es980500g>
- CHESS, C. (2000): Evaluating environmental public participation: Methodological questions. *Journal of Environmental Planning and Management*, 43 (6), 769-784, https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09640560020001674?casa_token=QBZH6KI8YDEAAAAA:EsTQzBuUgffNLmtCJaJumWHxeNtr1ef6LCypv9SLUlinXR0P6FAhfKS33P-wy78pY1hXdC_65c9D
- DE LA MAZA, C. L. (2001): NEPA's influence in developing countries: the Chilean case. *Environmental Impact Assessment Review*, 21 (2), 169-179, retrieved from https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0195925500000731?casa_token=Q5DIRFcDpkgAAAAA:ZqcsKTRc1JPqgseD_Kx2OJg-bN0AC26RHqMaHtvBunSSXRb7qynKAUSrSnUT-FH4om69XaBOJGg
- GLUCKER, A. N., DRIESSEN, P. P. J., KOLHOFF, A., RUNHAAR, H. A. (2013): Public participation in environmental impact assessment: Why, who and how? *Environmental Impact Assessment Review*, 43, 104-111, retrieved from https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0195925513000711?casa_token=TrpQQF-tIekAAAAA:YUkemEqc--gLdj6KBumjrm_PuV65muPhU1u156AXd4c3xjhKFwIYUjz2ohzlUy0gRbo70_vfA
- LANDSTRÖM, C. (2020): *Environmental Participation: Practices engaging the public with science and governance*. Springer Nature, retrieved from <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-33043-9?noAccess=true>
- LOSTARNAU, C., OYARZÚN, J., MATURANA, H., SOTO, G., SEÑORET, M., SOTO, M., RÖTTING, T. S., AMEZAGA, J. M., OYARZÚN, R. (2011): Stakeholder participation within the public environmental system in Chile: Major gaps between theory and practice. *Journal of environmental management* 92, (10), 2470-2478, retrieved from https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301479711001630?casa_token=JmUi5opujtoAAAAA:mplTTcY8lwAU7aTHLp4UzWjO2JfJD0NQkOsVRfctQrONA9ndgibLK_xQ8c6dc4mg6UnGMWkF1w
- MALDONADO Y RUIZ (2013): "Institucionalidad ambiental, vulnerabilidad social y conflictividad socio-ambiental", Crisis Socioambiental y Cambio Climático. Colección CLACSO-CROP. Retrieved from <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdll/cgi-bin/library.cgi?e=d-11000-00---off-0engov--00-1---0-10-0---0direct-10-DS--4-----0-0l--11-es-Zz-1---20-about-%22Vulnerabilidad%22--00-3-1-00-0--4--0-1-01-00-0utfZz-8-00&a=d&cl=search&d=D9205.6>

- PALERM, J. R. (Sep. 2000): An Empirical - Theoretical Analysis Framework for Public Participation in Environmental Impact Assessment. *Journal of Environmental Planning and Management*, 43 (5), 581-600, retrieved from https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/713676582?casa_token=DqKsViDkvREAAAAA:3SmzEjn5P5DOq1-kUAITpgx4YDuhPVyDFLE-VMEd-ENYDcRHE3w18Tk8P1p4wjKvxc-9D8MnYo79b
- PARTIDÁRIO, M. (2012): Strategic Environmental Assessment Better Practice Guide - methodological guidance for strategic thinking in SEA, disponible, en https://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/2012%20SEA_Guidance_Portugal.pdf
- RICHARDSON, B. J., & RAZZAQUE, J. (2006): Public participation in environmental decision-making. *Environmental law for sustainability*, 6, 165-194, disponible, en https://www.researchgate.net/profile/Jona-Razzaque/publication/228305864_Public_Participation_in_Environmental_Decision_Making/links/5771017808ae842225abfdb8/Public-Participation-in-Environmental-Decision-Making.pdf
- ROJAS, A., SABATINI, F., SEPÚLVEDA, C. (2003): Conflictos ambientales en Chile: aprendizajes y desafíos. *Ambiente y Desarrollo*, 19 (2), 22-30, disponible, en <http://biblioteca.cehum.org/bitstream/CEHUM2018/1354/1/Rojas%2C%20Sabatini%2C%20Sepulveda.%20Conflictos%20ambientales%20en%20Chile%2C%20aprendizajes%20y%20desaf%3ADos.pdf>
- SEPÚLVEDA, C., VILLARROEL, P. (2012): Swans, Conflicts, and Resonance: Local Movements and the Reform of Chilean Environmental Institutions. *Latin American Perspectives*, 39 (4), 181-200, retrieved from https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0094582X12441519?casa_token=jJRzV74h-RW0AAAAA%3APTGL7Cdj1vM1h4AujQPuW1mg3vRejvE2Eoa2rxhYcpnKbHthcNbNytXGQPcblBjddegd70KjmvV
- SUN, L., ZHU, D., CHAN, E. H. (2016): Public participation impact on environment NIMBY conflict and environmental conflict management: Comparative analysis in Shanghai and Hong Kong. *Land use policy* 58, 208-217, retrieved from https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0264837716300436?casa_token=PkThLvP6-GQAAAAA:wRQQzUIH9oBJYPf1h3CUnLxDmXDxS6GQADruehYhhEl3K0s9ctv93sEiccNSRD7M91nJWZ8f_Q
- VERA, A. (2015): Nueve respuestas a diez preguntas sobre el acceso a la información pública ambiental. En M. Juliá, R. Salassa, A. Vera, N. Olivares, I. González, M. Ulla, C. López, M. Foradori, *La investigación jurídica en políticas públicas ambientales*, disponible, en <https://seminarioderechoambiental.files.wordpress.com/2015/07/e-book-la-investigacion-3b3n-jurc3addica-en-polc3adticas-pc3bablicas-ambientales.pdf>

- WEBLER, T., KASTENHOLZ, H., RENN, O. (1995): Public participation in impact assessment: a social learning perspective. *Environmental impact assessment review* 15 (5), 443-463, retrieved from <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/019592559500043E>
- WEBLER, T., TULER, S. (2006): Four perspectives on public participation process in environmental assessment and decision making: Combined results from 10 case studies. *Policy Studies Journal*, 34 (4), 699-722, retrieved from https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1541-0072.2006.00198.x?casa_token=FRQTEB_gxcVQAAAAA%3A0W7vZuyWLwUbEGrhDvekY94kR5st8pevWmdFp3te5XRC3GIxDmRR73j73kGdMpBPiVIUDlzeoGcTNks
- WINTER, GERD. (2014): Theoretical Foundations of Public Participation in Administrative Decision-Making, en BANDI, G. (Ed.): (2014): *Environmental democracy and law: Public participation in europe*, disponible, en https://www.gerd-winter.jura.uni-bremen.de/theoretical_foundations.pdf

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL DERECHO AMBIENTAL

I. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA MÁS ALLÁ DEL MUNDO AMBIENTAL

La participación ciudadana no es una institución propia ni exclusiva del derecho, ni menos del derecho ambiental. Por el contrario, existen distintas disciplinas como la sociología, sicología, economía, las ciencias políticas o la administración pública que la estudian, utilizan y desarrollan bajo un denso entramado conceptual.

Desde una aproximación multidisciplinar se puede destacar que las políticas participativas en los asuntos públicos son una reacción a ciertos déficits de la democracia representativa, que involucró directamente a los ciudadanos/as en actos muy particulares y específicos como la votación. De este modo, bajo la participación se desarrolla un esfuerzo por integrar activamente a la sociedad civil en los asuntos públicos de forma que no todo quede mediatizado por los representantes electos.¹

Al mismo tiempo se ha enfatizado que los incentivos a la intervención ciudadana tienen directa relación con procesos de

¹ En este sentido, ver la recapitulación histórica de la democracia representativa y los fenómenos de participación ciudadana, en DE LA MAZA, G. “Espacio público y participación ciudadana en la gestión pública en Chile: límites y posibilidades”, *Polis*, 2011, vol. 10, N° 30, pp. 45-75, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-65682011000300003> [consulta: 06/04/2021].

rendición de cuenta de las autoridades pues, las personas al cooperar activamente realizan un seguimiento completo a la medida en la que intervinieron, su proceso de implementación y la autoridad encargada de ejecutarla. Por ello, ante la crisis de confianza en las instituciones, se ha indicado que una participación *óptima* puede ayudar a reestablecer la confianza en el aparato público y combatir fenómenos como corrupción, captura estatal o desviación de fines, lo que ha dado origen al “gobierno abierto”.²

Por su parte, la OCDE ha destacado que una mayor participación en las políticas públicas contribuye a la estabilidad social, mejora la calidad de los servicios prestados, facilita la implementación regulatoria y se refuerzan los niveles de cumplimiento normativo.³

En nuestro ordenamiento jurídico, junto con el reconocimiento constitucional de la probidad, la transparencia, la igualdad ante la ley y el derecho de petición, la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 –que establece las Bases Generales de la Administración del Estado– y la Ley N° 19.880 –que establece Bases de los Procedimientos Administrativos– reconocen ciertos niveles de actuación de la sociedad civil ante la administración cuando se ostenta el carácter de interesado/a, reconociéndole derechos tales como el acceso al expediente administrativo, la posibilidad de aportar antecedentes y realizar presentaciones e, incluso, el derecho a impugnar administrativa y judicialmente la decisión adoptada.

² La OCDE define el gobierno abierto como “... una cultura de gobierno centrada en el ciudadano, que utiliza herramientas, políticas y prácticas innovadoras y sostenibles para promover la transparencia, la capacidad de respuesta y la rendición de cuentas del gobierno para fomentar la participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo”. OCDE. Estudio de Gobernanza Pública de la OCDE. 2017. Chile. Informe: La participación ciudadana en el proceso constituyente, <http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/446> [consulta: 06/04/2021].

³ OCDE. Estudio de Gobernanza Pública de la OCDE. 2017. Chile. Informe: La participación ciudadana en el proceso constituyente, <http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/446> [consulta: 06/04/2021].

Estos derechos se ven complementados por la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, esencial para una participación informada, en tanto regula la transparencia activa y pasiva, los plazos y condiciones de acceso a los antecedentes que cuenta la autoridad y los mecanismos de reclamación administrativos y judiciales en caso de que se denieguen los documentos en poder *público*.⁴

Un hito regulatorio relevante lo ocupa la reciente Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, “[...] *que estableció una serie de modificaciones legales, crea organismos para dar cabida a la participación ciudadana y por primera vez reconoce de manera amplia un ‘derecho a la participación’, cuestión que es sin duda un paso importante en esta materia*”.⁵ Esta ley reconoce que cada persona cuenta con un derecho para participar en las políticas, planes, programas y acciones estatales (artículo 69); indica que será de cargo de la administración establecer modalidades de participación (artículo 70) e información oportuna, completa y accesible a las personas (artículo 71); y, entre otras, dispuso la creación de cuentas públicas participativas (artículo 72).

La recepción de la intervención directa de la sociedad civil en asuntos públicos se complementa por lo que sectorialmente ocurre en cada ámbito de la administración, lo que en conjunto demuestra un complejo reconocimiento jurídico del fenómeno, siendo una de esas *áreas*, la del derecho ambiental, que con sus particularidades, preocupaciones y principios característicos también la ha acogido y desarrollado con énfasis especiales.

⁴ Un análisis de la Ley N° 20.285 y su vínculo con la participación, en BERMÚDEZ, J. y MIROSEVIC, C. “El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público”, *Revista de Derecho*, 2008, N° 31, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200012> [consulta: 24/05/2021].

⁵ COSTA E., “Mejora Regulatoria, Legitimación y Principio de No Regresión: El Fallo de la Corte Suprema en el Caso MP 10”, *Revista de Justicia Ambiental*, vol. 7, 2015, p. 213, <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/138726> [consulta: 06/04/2021].

II. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL Y SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Se ha sostenido y se puede apreciar que, en las últimas décadas la participación ciudadana se ha transformado en una característica ineludible de muchos sistemas normativos ambientales. Como indican Razzaque y Richardson en *Public participation in environmental decision-making*, la democracia representativa/parlamentaria con elecciones periódicas no alcanza a proveer un *input* significativo en las decisiones ambientales cotidianas que debe tomar la autoridad.⁶

Se ha constatado que personas potencialmente afectadas por proyectos que buscan una aprobación ambiental pueden estar expuestas a una gran variedad de componentes o emisiones que nacen de una misma actividad. Más aún, la reacción conjunta o sinérgica de las diversas actividades previamente aprobadas puede impactar de forma diferenciada a diferentes sujetos o ambientes, de igual forma puede hacerlo con una intensidad disímil. A esos antecedentes, considérese adicionalmente las múltiples formas de uso del suelo, la mayor o menor tolerancia a ciertos agentes, las medidas de mitigación o compensación óptimas, entre otras.

Estas particularidades y las distintas percepciones individuales demandan una mayor integración de la visión de todos los sujetos posibles, en un proceso decisorio más transparente, ante una autoridad que carece de la información necesaria para adoptar por sí sola la mejor decisión posible.⁷

⁶ RAZZAQUE, J. y RICHARDSON, B., “Public participation in environmental decision-making”. In B. RICHARDSON, & S. WOOD (Eds.), *Environmental Law for Sustainability*, 2006, p. 165-167, Hart Publishing, https://www.academia.edu/1133986/Public_participation_in_environmental_decision_making [consulta: 06/04/2021].

⁷ RAZZAQUE, J. & RICHARDSON, B., “Public participation in environmental decision-making”. In B. RICHARDSON & S. WOOD (Eds.), *Environmental Law for Sustainability*, 2006, p. 165-167, Hart Publishing, https://www.academia.edu/1133986/Public_participation_in_environmental_decision_making [consulta: 06/04/2021].

Estas características han llevado a que la participación ciudadana se inserte en el derecho ambiental, con una doble vía de desarrollo simbiótico: internacional y nacional.

El principio participativo encuentra amplio reconocimiento en el derecho internacional del medio ambiente y en las leyes domésticas de gran parte de los Estados. Uno de los antecedentes centrales de esta formulación lo encontramos ya en la declaración final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como Cumbre de la Tierra, realizada en Río de Janeiro en junio de 1992, que en su Principio 10 consideró que “[...] *el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados*”.⁸ La Declaración comprende que, a nivel nacional, “[...] *toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades*”.⁹ Más aún, señala que los “[...] *Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos*”.¹⁰ Junto con la información, se afirmó que los Estados deberán generar “[...] *la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones*”¹¹

⁸ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques. 1992. Río de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> [consulta: 06/04/2021].

⁹ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques. 1992. Río de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> [consulta: 06/04/2021].

¹⁰ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques. 1992. Río de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> [consulta: 06/04/2021].

¹¹ NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques. 1992. Río de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> [consulta: 06/04/2021].

y que “[...] *deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes*”.¹²

Bajo esta formulación, la Declaración de Río (1992) puede ser considerada como uno de los hitos fundamentales que comenzó a destacar la relevancia del principio participativo en temas medioambientales, sobre la base de la tríada información, participación y acceso a la justicia. Con todo, no ha sido el único instrumento de orden internacional que se ha referido a esta institución, la que fue recogida posteriormente por los Principios 25 a 40 de la Declaración de Buenos Aires, la Agenda 21 de las Naciones Unidas, el artículo 1.13 de la Carta de Aalborg y los Puntos 43 y 44 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río + 20, entre otros.

Otro punto de referencia en la construcción de la participación desde el derecho internacional es el Convenio sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, de 1998, conocido como “Convención de Aarhus”. Si bien la convención entró en vigor el año 2001, y solo en territorio de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa, se encuentra abierta a la adhesión de otros Estados y actualmente cuenta con un amplio foro de 47 países miembros. Tal como la Declaración de Río, esta Convención, en su artículo 1 señala que la participación ambiental comprende tres pilares fundamentales: (1) acceso a la información como un derecho subjetivo; (2) acceso a la justicia ambiental; y (3) participación pública en la toma de decisiones en materia ambiental.

En un sentido similar se puede recordar al Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), que a mayo del año 2021 cuenta con 24 países firmantes

¹² NACIONES UNIDAS. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques. 1992. Río de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> [consulta: 06/04/2021].

y 12 ratificaciones. Este tratado desarrolla estándares regionales sobre participación ciudadana, establece sistemas de cooperación entre Estados y ofrece un conjunto de herramientas para incluir el principio participativo en los ordenamientos ambientales internos. Entre los aspectos distintivos de este tratado destaca el enfoque basado en la igualdad, la lucha contra la discriminación, la consideración de las personas en situación vulnerable, el reconocimiento a los defensores ambientales y su caracterización como un tratado sobre Derechos Humanos. Tal como la Declaración de Río, este acuerdo descansa en los tres pilares identificados: (1) garantizar el derecho de todas las personas a tener acceso a la información oportuna y adecuada; (2) participar de manera significativa en las decisiones que afectan sus vidas y su entorno; y (3) acceder a la justicia cuando estos derechos hayan sido vulnerados.

A nivel de Poderes Judiciales iberoamericanos, cabe destacar lo señalado por la “Declaración de Principios Jurídicos Medio Ambientales para un desarrollo ecológicamente sustentable”, aprobada por la XIX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, desarrollada en Quito, Ecuador, los días 18, 19 y 20 de abril de 2018.¹³ Al tratar el fenómeno participativo, la Declaración mantiene estos tres pilares fundacionales pero enfatiza que la participación ciudadana, como reflejo de la democracia, debe estar presente “*i) En la formación de las decisiones administrativas; ii) En la disposición legal, y efectividad del procedimiento de recursos administrativos; y, iii) En la implementación de procedimientos para audiencias públicas, plebiscitos o consultas populares, constituyendo la base del consenso para otorgar mayor legitimidad a la gestión pública ambiental*”.

Como podremos ver en esta sistematización, el Segundo Tribunal Ambiental ha tomado alguno de los elementos reconocidos y desarrollados por el derecho internacional y en particular se ha preocupado por la forma en la que se observa el principio participativo en los tres

¹³ Para dicha declaración intervinieron junto a los Poderes Judiciales de la región Iberoamericana, la Comisión Medioambiental de dicha Cumbre, el Instituto Judicial Global del Ambiente, la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la UICN y los Embajadores de Buena Voluntad de la OEA.

momentos indicados por la Declaración Judicial Iberoamericana, esto es, la integración de la participación ciudadana al momento de adoptar una decisión administrativa, su protección por medio de un recurso que permita impugnar la decisión en caso de no ser observado el principio participativo y la verificación de mecanismos que permitan recoger y procesar las opiniones de las personas adecuadamente.

III. RECEPCIÓN NACIONAL DE LA PARTICIPACIÓN AMBIENTAL

La doctrina nacional ha destacado la importancia del principio participativo y las ventajas instrumentales que tiene, señalando por ejemplo que “[...] *permite reducir las probabilidades de judicialización de los conflictos, pues propicia su solución en una fase anterior. Además, permite reforzar la confianza al interior de la comunidad afectada y contribuye a la concientización de la ciudadanía sobre las cuestiones ambientales*”.¹⁴

De igual modo, se ha enfatizado que la participación ciudadana está relacionada con dos dimensiones fundamentales de la justicia ambiental. Por una parte, con la denominada justicia participativa, que se manifiesta en el trato justo e igualitario para todas las personas en el proceso de adopción de decisiones. Por la otra, con la justicia distributiva, cuyo objetivo es alcanzar una equitativa y proporcional distribución de cargas y beneficios ambientales: en la medida en que todos tienen posibilidad de influir sobre decisiones ambientales, más probable es que se logre una distribución óptima de beneficios y cargas ambientales.¹⁵

¹⁴ MIROSEVIC V., C., “La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417”, *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2011, N° 36, p. 286, <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/a08.pdf> [consulta: 06/04/2021].

¹⁵ HERVÉ E., D., *Justicia ambiental y recursos naturales*, Valparaíso: Ediciones Universitarias, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014, p. 85.

Más allá de las opiniones doctrinales, el propio mensaje de la Ley N° 19.300 sigue la Declaración de Río de 1992 e integra la institución al ordenamiento ambiental expresamente como principio, señalando que “[...] *para lograr una adecuada protección del medio ambiente, se requiere de la concurrencia de todos los afectados en la problemática. Por ello, el principio de participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto [...]*”.¹⁶

Esta ley, adicionalmente agrega en términos explícitos que uno de los deberes del Estado será “[...] *facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente*” (art. 4 Ley N° 19.300), concibiendo así, la intervención de las personas en la evaluación ambiental como un instrumento de gestión ambiental.

Actualmente el principio participativo lo encontramos en una variedad de formas pues se acopla a diversos instrumentos de gestión como la educación ambiental, los procesos de creación normativa (como la evaluación ambiental estratégica, las normas de calidad o de emisión), la publicación de información y mantención de ciertos registros y particularmente en la evaluación ambiental de proyectos.

Junto a la Ley N° 19.300, existen otras normas sectoriales que reconocen fases de participación con distinta intensidad, como ocurre con el proceso de formación de reglamentos de la denominada Ley REP (Ley N° 20.920, que establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje); en materia pesquera con los Consejos Zonales de Pesca o en el caso forestal con la creación del Consejo de la Sociedad Civil.

La participación ciudadana tiende a configurarse en nuestro ordenamiento jurídico bajo la tríada acceso a la información, derecho de participación y acceso a la justicia en caso de que dichas garantías sean conculcadas. En efecto, sea por las vías que dispone

¹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley N° 19.300, que Aprueba Ley sobre bases generales del medio ambiente”, p. 10, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6910/> [consulta: 06/04/2022].

el sector particular, la normativa ambiental de carácter general, o las reglas generales del derecho administrativo, es posible reconocer la presencia de los tres pilares en el derecho ambiental.

En este sentido y en relación con el primer pilar, el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 establece que “[...] *toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública*”. Sobre la participación, como se ha destacado existen diferentes instrumentos que la recogen con distinta intensidad y en cuanto al derecho de acceso a la justicia, sin perjuicio de la posibilidad de interponer una acción de protección de derechos constitucionales o las acciones de la Ley N° 20.285 por denegación de información, la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales consagra diversas hipótesis que permitirían ejercer acciones por defectos del proceso participativo, sea ante la creación de ciertas normas, para la impugnación de proyectos que no consideraron de forma debida las observaciones ciudadanas o de forma más general para conocer las reclamaciones en contra del acto que resuelve un procedimiento administrativo de invalidación de una resolución administrativa de carácter ambiental.

IV. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SEIA

La Ley N° 19.300, en su Título Segundo contempla uno de los grandes instrumentos ambientales: el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), cuya finalidad es verificar que las actividades que se pretenden ejecutar cumplan con las normas de carácter ambiental.

Entre las distintas etapas que comprende este procedimiento, se estableció un marco normativo que asegura a la comunidad una fase especial en la que los interesados/as puedan presentar sus observaciones al proyecto evaluado. Esta posibilidad que original-

mente estaba contemplada solo para las actividades más complejas que requerían un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), tuvo una ampliación a contar de la dictación de la Ley N° 20.417, por la que se extendió su aplicación en ciertos casos a las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), consolidándose así el Principio Participativo ante el SEIA.

Particularmente, en el marco de los procesos de evaluación de impacto ambiental, la participación ciudadana es relevante ya que estamos ante procedimientos de recolección de datos y análisis de información aportada por el titular, la ciudadanía y los organismos sectoriales con competencia ambiental, lo que permite la mantención de un diálogo que ayudará a verificar el cumplimiento normativo del proyecto y que contará con la perspectiva de distintos sujetos.¹⁷

Adicionalmente, dichas observaciones imponen un deber de fundamentación para la autoridad ya que deberá pronunciarse justificadamente sobre todas estas en la resolución final. De hecho, para regular la forma en la que la administración se hace cargo de las presentaciones que hace la ciudadanía, el Servicio de Evaluación Ambiental ha dictado instructivos y guías¹⁸ por las que precisa, entre otras materias, los requisitos formales que deben reunir las observaciones (como la individualización del observante o la presentación dentro de plazo); los criterios para determinar la pertinencia de la observación; qué significa evaluar técnicamente las observaciones y dar respuesta fundada a ellas; o cuál es el estándar mínimo que debe reunir la respuesta que se entrega a las personas. Sobre esto último, el SEA ha hecho hincapié que las respuestas han de ser completas y precisas,¹⁹ autosuficientes,²⁰ claras, evitar alteraciones en la obser-

¹⁷ LEE, M., *EU environmental law, governance and decision-making*, 2ª ed., Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 159.

¹⁸ Guías e instructivos del SEA sobre participación ciudadana, disponibles, en <https://www.sea.gob.cl/participacion-ciudadana> [consulta: 26/05/2021].

¹⁹ Esto es, deben referirse a cada uno de los temas planteados y contestarlos directamente, de conformidad con los antecedentes del proceso.

²⁰ Evitar alusiones genéricas al EIA, DIA y/o Adendas, y de ser necesaria la referencia, indicar precisamente el documento, sección y página.

vacación planteada, independientes, impersonales²¹ y hacer presente que la consideración de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) puede diferir de la efectuada en el Informe Consolidado de la Evaluación (ICE).²²

En caso de que los participantes estimen que sus observaciones no fueron debidamente consideradas, tienen la posibilidad de reclamar en primer lugar de forma administrativa ante el Comité de Ministros o el Director Ejecutivo del SEA, según el caso; y de ser rechazada total o parcialmente esta reclamación administrativa, nace la posibilidad para impugnar judicialmente la decisión ante los Tribunales Ambientales, quienes analizarán, en definitiva, si las observaciones formuladas por esas personas fueron o no debidamente ponderadas. En este ejercicio, los Tribunales Ambientales y la Excm. Corte Suprema han definido una serie de criterios, algunos de ellos se rescatarán y sistematizarán en los siguientes apartados.

V. CRITERIOS DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA DEL SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

A raíz de las reclamaciones en contra de los actos de la autoridad en que se alega no haber considerado la participación ciudadana en los términos que exige la ley, los Tribunales Ambientales han tenido ocasión de definir y modelar este instrumento.

²¹ Que eviten la alusión a un sujeto particular.

²² Estos criterios, así como otras consideraciones de las observaciones ciudadanas formuladas ante un proyecto están disponibles, en SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. 2013. Oficio Ordinario N° 130.528, que contiene el Instructivo Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el Marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/archivos/instructivos/inst130528_obs_ciudadana_evaluacion.pdf [consulta: 26/05/2021].

En este sentido, el Segundo Tribunal Ambiental ha mantenido una jurisprudencia consistente sobre el rol que desempeña la participación ciudadana de manera previa a la toma de decisiones, indicando algunos aspectos centrales que adquiere en el sistema normativo ambiental. Entre ellos, destacamos las siguientes características afirmadas en distintos casos que se han presentado ante esta Magistratura:

1. **Carácter de derecho subjetivo:** La participación ciudadana es un derecho de los ciudadanos, y como tal es exigible a la autoridad como parte de la legalidad, eficiencia y eficacia de los procedimientos. Esta prerrogativa, según se recoge en la sentencia dictada en causa R-86-2015 (proyecto “Hotel Punta Piqueros”):

*“[...] comprende ‘los derechos de acceder y conocer el expediente físico o electrónico de evaluación, formular observaciones y obtener respuestas fundadas de ella’ lo que es aplicable tanto a los proyectos que ingresan como DIA o como EIA”.*²³

Como consecuencia de esto, el Segundo Tribunal Ambiental ha indicado que el principio participativo, según fue recogido en los mensajes de la Ley N° 19.300 y 20.417, “[...] solo pueden ser aplicados e interpretados en la medida que aseguren una participación informada de la comunidad en el proceso de evaluación de impacto ambiental de proyectos de inversión, como un principio de validez central, no solo de su efectividad y eficiencia, sino también de su legalidad”²⁴ (sentencia dictada en causa R-93-2016, proyecto “Nueva Línea 2x500 kv Charrúa Ancoa: Tendido del primer conducto”).

²³ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2016. Sentencia dictada en reclamación R-86-2015 el 27 de octubre de 2016, considerando vigésimo, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

²⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2017. Sentencia en reclamación R-93-2016, de fecha 27 de febrero de 2017, considerando decimocavo, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

2. **Participación y justicia ambiental:** La cooperación pública/privada es necesaria para alcanzar la justicia ambiental. Así, el Tribunal ha afirmado que:

“[...] además de ser un derecho, la participación ciudadana informada es una cuestión necesaria, aunque no suficiente, para alcanzar lo que el marco analítico conocido como justicia ambiental denomina justicia distributiva. Para que la distribución de cargas y beneficios ambientales sea equitativa y proporcional, es, en efecto, previo y necesario que exista justicia participativa, la que está dirigida a garantizar que las consecuencias de una determinada actividad sean el resultado de la participación deliberativa de todos los afectados por ella”²⁵ (sentencia dictada en causa R-96-2016, proyecto “Plantel de Cerdos Quebrada Honda”).

3. **Participación y legitimidad:** La intervención efectiva de los interesados hace más improbable que el acto final sea posteriormente cuestionado y le entrega mayor legitimidad a la norma creada o a la actividad autorizada. En este sentido, en relación con la generación de reglas, a propósito de las acciones ejercidas en contra de la norma de calidad primaria para Material Particulado Respirable MP10, la sentencia precisó este razonamiento afirmando que:

“Revisados los antecedentes remitidos, se concluyó que el proceso de consulta pública efectivamente se llevó a cabo con escasísima participación y con resultados de muy poca relevancia para el proceso en su conjunto. Lo anterior es importante, pues sin duda que una norma de calidad ambiental

²⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2013. Sentencia en reclamación R-96-2016 el 27 de febrero de 2017, considerando decimoséptimo. En un mismo sentido, sentencias R-131-2013, el 28 de abril de 2017, considerando vigésimo segundo; R-86-2015 el 27 de octubre de 2016, considerando decimonoveno; entre otras, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

*con participación efectiva, hace más improbable que luego ésta sea posteriormente cuestionada*²⁶ (sentencia dictada en causa R-22-2014, sobre DS N° 20/2013 del MMA, que Establece Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10).

En relación con la participación ciudadana en la evaluación de proyectos y la legitimidad que estos pueden adquirir, la Excma. Corte Suprema ha agregado, citando el mensaje de la Ley N° 20.417, que “[...] *un sistema de participación ciudadana transparente, informada y pública puede contribuir a una mejor calidad de las decisiones, pero también una adecuada gobernabilidad ambiental*”²⁷ (proyecto “RT Sulfuros de la Corporación Nacional Chilena del Cobre División Radomiro Tomic”).

4. **Influencia sobre el proyecto:** Los espacios de participación no solo buscan que se logre informar a los/as interesados/as de los alcances del proyecto, sino también generar las modificaciones o cambios pertinentes a raíz de las observaciones formuladas por las personas. En este sentido ha sostenido el Segundo Tribunal Ambiental que:

[...] el período de participación ciudadana en el SEIA permite a la comunidad toda tomar conocimiento de la evaluación ambiental y ejercer una influencia real y efectiva mediante la formulación de observaciones que deben ser respondidas de manera fundada por la autoridad, materializando el principio de participación contenido en el principio 10 de la declaración final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre

²⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2014. Sentencia en reclamación R-22-2014 (acumulada R-25-2014, R-28-2014, R-29-2014, R-31-2014) el 16 de diciembre de 2014, considerando cuadragésimo noveno, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

²⁷ CORTE SUPREMA. 2020. Sentencia de término dictada en causa rol N° 28.195-2018, el 16 de junio de 2020, considerando vigésimo séptimo, <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [consulta: 14/04/2022].

Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como ‘Cumbre de la Tierra’, realizada en Río de Janeiro en junio de 1992”²⁸ (sentencia dictada en causa R-169-2017, proyecto “Terminal Multipropósito Oxiquim Bahía Quintero”).

El Tribunal Ambiental de Santiago además de caracterizar la participación ciudadana, en sus fallos ha profundizado en las consecuencias de una institución de esta entidad, de conformidad con los escenarios y preguntas que ha debido resolver. En este sentido, ha indicado que:

1. **No es posible el reemplazo de la participación ciudadana:** Los órganos del Estado que intervienen en la evaluación, aun cuando tengan un carácter representativo, no suplen la participación ciudadana. La actuación de la comunidad debe ser asegurada por el Director Ejecutivo del SEA como una de sus obligaciones legales.²⁹ Tanto es así que luego de las reformas introducidas en el año 2010 por la Ley N° 20.417, el Segundo Tribunal Ambiental ha destacado que:

“[...] demuestra, sin lugar a dudas, la relevancia que los poderes colegisladores han querido asignar a ambos instrumentos de gestión ambiental, no siendo posible considerar ni desarrollar a plenitud el primero [SEIA] sin una estrecha relación con el segundo [participación ciudadana]. La participación de la comunidad en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de los proyectos y/o actividades adquiere, de esta forma, por disposición legal expresa, el carácter no sólo de

²⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2019. Sentencia en reclamación R-169-2017 el 14 de junio de 2019, considerando vigésimo octavo. En un mismo sentido, sentencia dictada en la causa rol R-175-2018 de fecha 19 de marzo de 2020, considerando sexto; entre otras, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

²⁹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2016. Sentencia dictada en reclamación R-86-2015 el 27 de octubre de 2016, considerando vigésimo primero, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

un principio general sino de un requerimiento sustantivo e insustituible”.³⁰

2. **No solo el SEA queda vinculado por la PAC. El titular y los órganos del Estado con competencia ambiental también se ven alcanzados por el principio participativo:** El Segundo Tribunal Ambiental ha precisado que, aun cuando el deber de garantizar y ponderar la participación ciudadana descansa en la autoridad ambiental (artículo 26 Ley N° 19.300), el principio participativo alcanza al titular y los demás órganos con competencia ambiental que intervienen en el proceso de evaluación. En este sentido, esta Magistratura falló (sentencia dictada en causa R-131-2013, “Proyecto Candelaria 2030, continuidad operacional”) que:

“Sexto. Que, si bien la obligación de considerar debidamente las observaciones recae en la autoridad que evalúa, es indispensable que el titular se haya pronunciado oportunamente respecto de ellas durante el proceso de evaluación. En este contexto, será fundamental que la autoridad ponga a disposición del titular, con la mayor prontitud, las observaciones correspondientes y que este último se haga cargo oportunamente de cada una de ellas. Lo mismo debe hacer la autoridad para asegurarse que los órganos con competencia ambiental puedan contar en su debido tiempo con las observaciones ciudadanas, como un insumo necesario al momento de emitir sus propios informes. Todo ello, permitirá a la autoridad contar con los antecedentes suficientes para realizar la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, y darles respuesta en el Informe Consolidado de Evaluación

³⁰ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2016. Sentencia dictada en reclamación R-86-2015 el 27 de octubre de 2016, considerando decimoséptimo. En un mismo sentido, sentencia dictada en reclamación R-131-2013, el 28 de abril de 2017, considerando vigésimo; entre otras, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

*(en adelante “ICE”), para posteriormente considerarlas debidamente en la RCA”.*³¹

3. **Participación y antecedentes del expediente:** El Tribunal ha sostenido que, para evacuar la respuesta a los observantes, el SEA debe considerar solo los antecedentes existentes en el expediente, que son aquellos a los cuales pueden acceder y analizar los interesados. No es posible que se resuelva un planteamiento de la comunidad sobre la base de otros elementos ajenos, ya que de lo contrario pierde todo sentido la participación ciudadana. Por ello, “[...] *la autoridad está limitada a resolver sólo en base a los antecedentes que constan en el expediente respectivo, no pudiendo fundamentar su decisión en otros ajenos al mismo*”.³² Más aún precisó que:

*“[...] si se constata, de acuerdo a los antecedentes del proceso, que la información o su disponibilidad fue insuficiente y que ello no se encuentra plenamente justificado, será imposible asegurar que hubo debida consideración de las observaciones ciudadanas, lo que constituirá un vicio de tal entidad, que sólo será corregible con la correspondiente declaración de nulidad”.*³³

4. **Alcance de la participación:** Si bien la autoridad no queda comprometida ni obligada a suscribir una posición favorable a lo observado por los intervinientes, la participación “[...]”

³¹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2017. Sentencia dictada en reclamación R-131-2013, el 28 de abril de 2017, considerando trigésimo primero; entre otras, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

³² SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2016. Sentencia dictada en reclamación R-86-2015 el 27 de octubre de 2016, considerando vigésimo. En un mismo sentido, sentencia dictada en reclamación R-131-2013, el 28 de abril de 2017, considerando vigésimo tercero, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

³³ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2016. Sentencia dictada en reclamación R-86-2015 el 27 de octubre de 2016, considerando vigésimo segundo, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

*sí obliga a la autoridad a motivar adecuadamente su respuesta, no siendo suficiente una mera transcripción de las opiniones del titular o de los organismos sectoriales, sino que deberá contener una revisión acuciosa de todos los elementos tenidos en cuenta en la evaluación vinculados a la preocupación ambiental objeto de la observación”.*³⁴ Manteniendo el razonamiento, ha enfatizado que:

*“[...] la importancia de la participación ciudadana en el SEIA radica en el deber que genera para la autoridad, consistente en que ésta deberá considerar las observaciones presentadas por la comunidad y responder fundadamente a estas en la RCA, conforme ordena el artículo 83 de la Ley N° 19.300 y 91 del Reglamento del SEIA”*³⁵ (sentencia dictada en causa R-169-2017, proyecto “Terminal Multipropósito Oxiquim Bahía Quintero”).

5. **La participación como un límite a la competencia del SEA:** Las observaciones PAC limitan la competencia material del SEA en el momento recursivo. Así, por sentencia dictada en causa R-143-2017 (acumulada con causas rol R-144-2017 y R-145-2017), sobre el proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”, el Tribunal Ambiental de Santiago sostuvo:

“[...] la incorporación por parte del Director Ejecutivo del SEA, en vía recursiva, de impactos no evaluados vulneraría el principio participativo, que informa la legislación ambiental

³⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2016. Sentencia dictada en reclamación R-86-2015 el 27 de octubre de 2016, considerando vigésimo tercero. En un mismo sentido, sentencias dictadas en reclamaciones: R-96-2016 el 27 de febrero de 2017, considerando décimo noveno; R-131-2013, el 28 de abril de 2017, considerando vigésimo cuarto; entre otras, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

³⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2019. Sentencia en reclamación R-169-2017 el 14 de junio de 2019, considerando trigésimo, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

chilena y recibe expresa consagración en el artículo 4º de la Ley N° 19.300”.³⁶

6. **PAC posterior a la evaluación ante procesos de revisión de una RCA:** Ante los procesos de revisión de una RCA por cambios sustantivos en algunas de sus variables, como el legislador contempló mecanismos de información pública, es procedente la participación ciudadana, aun cuando no se hayan utilizado formas sacramentales que la exijan:

“Trigésimo. Por otra parte, debe tenerse presente que la forma que tiene la ciudadanía y personas afectadas de participar en el proceso de revisión excepcional de una RCA y presentar sus respectivas observaciones, es mediante el proceso de información pública establecido en el artículo 39 de la Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado (en adelante, “Ley N° 19.880”), norma que señala expresamente que ‘La falta de actuación en este trámite, no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento’. De esta forma, la publicidad en el proceso de revisión de la RCA tiene por objeto, entre otros, poner en conocimiento de este proceso a la ciudadanía y a los potenciales directamente afectados, a fin de que los primeros presenten sus observaciones y los segundos, además, puedan interponer los recursos que resulten procedentes, como ocurrió en el presente caso. Lo anterior se encuentra expresamente recogido en el Instructivo Revisión Excepcional de RCA por variación sustantiva de las variables ambientales evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento o por la no verificación de ellas, contenido en el Ord. N° 150.584/2015, de la Direc-

³⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2014. Sentencia en reclamación R-143-2017 (acumulada con causas rol R-144-2017 y R-145-2017), el 10 de diciembre de 2018, considerando trigésimo, <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

*ción Ejecutiva del SEA, lo que garantiza un marco de acción tanto a titulares como a directamente afectados*³⁷ (proyecto “Modificaciones Proyecto Pascua Lama”).

Es necesario precisar que la misma sentencia posteriormente puntualiza en los considerandos quincuagésimo y siguientes, que la revisión, y con ello la participación ciudadana, será acotada a la variable que se evalúa y no a todo el proyecto previamente aprobado.

Tratándose de la evaluación de proyectos, nuestro sistema ambiental dispuso que las observaciones ciudadanas deben ser debidamente consideradas, pudiendo los intervinientes reclamar administrativa y judicialmente en caso de que no lo sean (artículo 29 de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600).

En este contexto, la forma en la que el Segundo Tribunal Ambiental ha caracterizado la participación ciudadana y las consecuencias antes identificadas han ayudado como criterios de resolución de conflictos y explican cuál es el nivel de control que realiza la judicatura al tratamiento que recibieron las observaciones de la ciudadanía, verificando si se respetaron tales características.

Para este razonamiento, esta Magistratura ha destacado que el legislador no determinó cuando una observación está debidamente considerada:

*“Vigésimo sexto. Que, de acuerdo a lo señalado en los citados preceptos, el eje central por el que discurre toda la vía especial de impugnación para quienes han realizado observaciones en el procedimiento de evaluación ambiental, es la determinación acerca de si ellas han sido o no debidamente consideradas. Se trata de un concepto que no se encuentra expresamente definido en la ley, no obstante existir disposiciones que permiten dotarlo de contenido”*³⁸

³⁷ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2018. Sentencia en reclamación R-143-2017, el 21 de noviembre de 2014, considerando trigésimo, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

³⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2018. Sentencia en reclamación R-146-2017, el 25 de septiembre de 2018, considerando tercero; entre otras, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

(sentencia dictada en causa R-146-2017, sobre el proyecto “Centro Logístico Puerto Viluco”).

Por ello, para colmar el concepto *debidamente consideradas* que contiene la ley, el Segundo Tribunal Ambiental de modo consistente ha recurrido a una interpretación sistemática en la que considera los criterios que entregó el Oficio Ordinario N° 130.528 del Director Ejecutivo del SEA detallados en el capítulo IV de este documento. Así, la Magistratura analiza si las respuestas fueron completas, precisas, autosuficientes, claras, fiel a lo planteado, entre otras, teniendo siempre en consideración que estamos ante un principio y un derecho subjetivo configurado por ley y que por ello no puede ser restringido en la práctica o ejecución de los instrumentos:

“Cuarto. Que, por su parte, el Director Ejecutivo del SEA, el 1 de abril de 2013, dictó el Oficio Ordinario N° 130.528, que contiene el “Instructivo Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (en adelante “Instructivo PAC”). En dicho documento, la autoridad administrativa precisa, entre otras materias, el alcance del deber de evaluar técnicamente las observaciones y de dar respuesta fundada a ellas, y el establecimiento de un estándar mínimo que debe reunir la respuesta a las observaciones ciudadanas. Dicho instructivo, si bien es relevante para esta materia, no puede disminuir ni ser contrario al contenido de la Ley N° 19.300. Por lo demás, lo anterior queda de manifiesto al verificar que el citado instructivo establece estándares mínimos acerca de la consideración de las observaciones ciudadanas que, por supuesto, obligan a la autoridad, pero no obstan a exigir nuevas obligaciones o estándares que se desprendan de la Ley”³⁹ (sentencia dictada en causa R-157-2017 acumulada con R-158-2017, sobre el proyecto “RT Sulfuros de Codelco División Radomiro Tomic”).

³⁹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2019. Sentencia en reclamación R-158-2017 (acumulada con R-158-2017), el 17 de agosto de 2018. En un mismo sentido, sentencias R-146-2017, entre otras, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

Más aún, para determinar si el principio participativo fue correctamente observado conforme a los criterios y características descritas, el Segundo Tribunal Ambiental ha hecho presente que su revisión no se limita a la RCA como acto terminal. Por el contrario, la revisión judicial abarca las consideraciones que presentaron el titular y los órganos sectoriales durante todo el procedimiento de evaluación:

“Vigésimo quinto. Que, de acuerdo a las disposiciones legales citadas, así como a las precisiones contenidas en el mencionado instructivo del SEA, para determinar si las observaciones ciudadanas fueron debidamente consideradas, a juicio del Tribunal, el análisis se debe extender a todo el procedimiento de evaluación ambiental y no debe quedar circunscrito únicamente a la respuesta que de ella se haga en la RCA respectiva. Tan importante como la respuesta a las observaciones, es el tratamiento que la autoridad les haya dado durante todo el proceso de evaluación antes de dar respuesta formal, donde la autoridad tiene el deber de incorporar a dicha evaluación, con la mayor antelación posible, las observaciones de la ciudadanía, lo que le permitirá adoptar, si corresponde, decisiones oportunas que también constituyen una expresión de una debida consideración de ellas”⁴⁰ (sentencia dictada en causa R-96-2016, proyecto “Plantel de Cerdos Quebrada Honda”).

Con todo, es necesario considerar que el Segundo Tribunal Ambiental ha fallado que de conformidad con el texto vigente del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, la vía impugnatoria que permite a las personas observantes recurrir ante la sede jurisdiccional, requiere como presupuesto el agotamiento de la vía administrativa previa. Lo anterior implica que los legitimados activos⁴¹ deben consecutivamen-

⁴⁰ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2017. Sentencia dictada en reclamación R-96-2016 el 27 de febrero de 2017, considerando vigésimo quinto. En un mismo sentido, R-86-2015 el 27 de octubre de 2016, considerando vigésimo noveno; R-131-2013, el 28 de abril de 2017, considerando trigésimo; entre otras, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁴¹ Una sistematización sobre la legitimación en sede ambiental ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, en SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL.

te cumplir una serie de cargas, a saber, tomar parte en el proceso de participación ciudadana, formular sus observaciones y luego deducir el recurso de reclamación administrativo PAC correspondiente:

*“Trigésimo segundo. Que, tal como el Tribunal ha razonado en las sentencias de las causas Rol R N° 34-2014 y R N° 139-2016, entre otras, se observa con claridad que el sistema recursivo especial en materia ambiental se construye, principalmente, en función del agotamiento de la vía administrativa. Lo anterior se traduce en la necesidad que los órganos allí establecidos –Director Ejecutivo del SEA o Comité de Ministros– se pronuncien sobre las reclamaciones interpuestas, ya sea por el titular o las personas naturales o jurídicas que hayan presentado sus observaciones, de forma previa a la intervención jurisdiccional sobre un determinado asunto. Esta interpretación ha sido además sostenida en la doctrina, Alejandro Romero Seguel: en efecto, como ha explicado ‘Esta exigencia de reclamación administrativa previa puede ser examinada desde un fenómeno al que la doctrina procesal contemporánea viene prestando especial atención, relativo al deber de coherencia en el proceso civil. Conforme a esta orientación, es menester controlar si los que deducen el reclamo han actuado o no de conformidad a la Ley N° 19.300, que obliga a intentar instancias administrativas previas. Procediendo de ese modo se fortalece el principio de buena fe, al evitar una utilización abusiva del proceso judicial’ (ROMERO SEGUEL, Alejandro, “Proceso Civil y Prejudicialidad Administrativa”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 2014, Núm. 2, p. 377-400)”.*⁴² Sentencia dictada en

2021. *Derecho Ambiental. Estudios desde la Jurisprudencia del Tribunal Ambiental de Santiago*, Santiago: Editorial Libromar, pp. 21-51, 2021.

⁴² SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2019. Sentencia dictada en reclamación R-169-2017 el 14 de junio de 2019, considerando trigésimo segundo. En un mismo sentido, entre otras, sentencia dictada en causa rol R-72-2015, de 12 de junio de 2017, considerandos 19 a 24, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

causa R-169-2017, proyecto “Terminal Multipropósito Oxiquim Bahía Quintero”.

A su vez, la jurisprudencia de esta sede ha sostenido que por el texto de la ley debe existir un vínculo entre las materias observadas, las alegadas en vía administrativa y luego reclamadas ante el Tribunal Ambiental, con el objeto de otorgar congruencia y unidad al proceso de evaluación, reclamación administrativa y control judicial:

“Cuadragésimo primero. *Que, en consecuencia, no resulta posible avocar la presente revisión judicial a materias que no fueron observadas durante el proceso de participación ciudadana, o bien que fueron observadas por personas diversas de los reclamantes, pues en el primer caso la autoridad no ha estado condiciones de pronunciarse y considerarlas debidamente, y en el segundo el ciudadano observante se ha conformado con la consideración realizada por la autoridad, toda vez que no ha interpuesto recurso de reclamación administrativa ni judicial. Es más, no era posible para la Comisión de Evaluación el considerar debidamente en la Resolución de Calificación Ambiental materias que no fueron observadas por los reclamantes durante la evaluación ambiental. En cuanto a las observaciones formuladas por personas diversas de los reclamantes, el artículo 29 de la Ley N° 19.300, es claro en señalar que la acción contemplada en dicha norma procede respecto de las personas naturales o jurídicas ‘cuyas’ observaciones no hubieren sido debidamente consideradas, de lo que se concluye que este recurso no puede comprender observaciones diversas de las planteadas por los propios reclamantes”*⁴³ (sentencia dictada en causa R-164-2017 acumulada con R-165-2017, proyecto “Centro Integral de Gestión de Residuos Industriales CIGRI”,

⁴³ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2019. Sentencia dictada en reclamación R-164-2017 el 1 de agosto de 2019, considerando cuadragésimo primero. En un mismo sentido, causa rol R-101-2016, de 31 de mayo de 2017, considerando vigésimo primero, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

que en esta parte fue ratificada por la Excma. Corte Suprema en sentencia rol 29.065-2019).

Bajo este sistema recursivo especial, una de las preguntas que surge se refiere a la posibilidad de reclamar ante un Tribunal Ambiental cuando el recurso administrativo fue declarado inadmisibles por la autoridad. Como hemos visto, la ley entrega la oportunidad de impugnar judicialmente luego del rechazo del recurso administrativo, pero no concibió la hipótesis de la inadmisibilidad.

Tras algunos pronunciamientos de la Excma. Corte Suprema y sin perjuicio de lo que se resuelva sobre procedencia de la acción ejercida, el Segundo Tribunal Ambiental ha sentenciado que tiene competencia para conocer aquellas acciones que se ejercen en contra del acto que declaró inadmisibles el recurso administrativo, como una exigencia del principio de impugnabilidad, el de control jurisdiccional sobre los actos de la administración y la posibilidad de que la autoridad excediera el control de admisibilidad y extendiera su análisis a otras circunstancias, hechos o requisitos. Bajo estos parámetros, esta Magistratura ha resuelto que:

“Duodécimo. Una interpretación como la señalada, que permite un efectivo control judicial de los actos de la Administración, no sólo ha sido considerada en el marco del procedimiento del artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, sino que también lo ha sido en el ámbito de la reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, a contar de las sentencias rol N° 10-2013, de 19 junio de 2014 (c. Sexto) y rol R N° 11-2013, de 26 de junio de 2014 (c. Sexto). En efecto, el Tribunal ha interpretado ampliamente el concepto de “resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación”, incluyendo en éste la resolución que declara inadmisibles la solicitud de invalidación en sede administrativa, decisión que fue ratificada por el máximo Tribunal al rechazar las casaciones en la forma y fondo interpuesta en contra de las mencionadas sentencias (SCS Rol N° 21.547-2014 y Rol N° 21.993, ambas de 6 de abril

de 2015)”⁴⁴ (sentencia dictada en causa R-125-2016, que rechaza la solicitud de revisión de la RCA que calificó favorablemente el proyecto “Desarrollo Los Bronces”).

Como vemos, el Segundo Tribunal Ambiental ha desarrollado la noción de participación ciudadana, ha identificado características relevantes y ha precisado los elementos de control judicial ante una institución compleja que adquiere el carácter de principio, derecho e instrumento.

Estas bases conceptuales y la madurez que ha adquirido luego de las distintas materias que ha debido resolver, han permitido a su vez profundizar la forma en la que se lleva a la práctica. En este sentido, esta Magistratura profundizó algunos aspectos sustantivos del principio participativo y se pronunció sobre la dinámica en la que se desenvuelve en nuestro sistema ambiental, desarrollando un criterio de procedencia ante el caso particular de las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA).

En efecto, en causa R-217-2019, relacionada con el proyecto “Mall Vivo Santiago: etapa de demolición, excavación y Socialzados”, se discutió si es procedente la participación ciudadana en un proyecto evaluado por DIA que pretendía demoler unas estructuras y excavar en un terreno para posteriormente, en futuras evaluaciones, obtener la autorización para construir sobre el inmueble. La sentencia partió reconociendo que nuestro legislador distinguió dos hipótesis: ante EIA, la participación será de carácter obligatorio; en cambio, ante una DIA la participación será eventual, en la medida que el proyecto genere cargas ambientales:

“Decimoséptimo. Que, de la disposición transcrita, se puede desprender que el legislador reguló las condiciones a través de las cuales resulta procedente la apertura de un proceso de participación ciudadana en el contexto de una declaración de impacto ambiental.

⁴⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2019. Sentencia dictada en reclamación R-125-2016 el 11 de febrero de 2019, considerando duodécimo, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

En lo que interesa al caso sub lite, el sentido y alcance del concepto de ‘cargas ambientales’ constituye el elemento esencial para la determinación de los proyectos que requieren y que no requieren la apertura de un proceso de participación ciudadana”.⁴⁵

Bajo esa distinción y diseño institucional, esta Magistratura concluyó que no todo puede constituir una carga ambiental considerada como una externalidad negativa acompañada de un beneficio social, pues en tal caso la participación ciudadana, pese a su relevancia, sería procedente a todo evento ante una DIA, interpretación que nos aleja del espíritu de la ley:

“Vigésimo sexto. Que, a mayor abundamiento, no es posible sostener que todas las tipologías del artículo 10 de la Ley N° 19.300 generen en mayor o menor medida algún beneficio social, pues dicha interpretación, en la práctica, haría procedente la PAC en la totalidad de los proyectos evaluados vía DIA, desnaturalizando –de esta forma– la exigencia del artículo 30 bis, de generación de ‘cargas ambientales’, pues dicho concepto quedaría reducido sólo a la acreditación de externalidades ambientales negativas. En este sentido, se vulneraría el espíritu del legislador en orden a que en los proyectos evaluados vía EIA haya PAC obligatoria y en aquellos evaluados a través de DIA, sólo eventualmente”.⁴⁶

Por ello, la sentencia debía resolver cuándo estamos frente a una carga que hace procedente la intervención ciudadana, para lo que diseña un verdadero test que distingue secuencialmente los siguientes escenarios:

1. Tratándose de una DIA, será procedente la intervención de la ciudadanía si el proyecto es uno de aquellos que individualiza el

⁴⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2021. Sentencia dictada en reclamación R-217-2019 el 25 de marzo de 2021, considerando decimoséptimo, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁴⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2021. Sentencia dictada en reclamación R-217-2019 el 25 de marzo de 2021, considerando vigésimo sexto, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

- Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental como generadores de cargas ambientales (art. 94 del RSEIA);
2. Si el proyecto no es uno de aquellos individualizados en el Reglamento, procederá la participación cuando:
 - a. La actividad satisfaga necesidades básicas de la comunidad (art. 94 del RSEIA); o
 - b. Cuando la actividad rompa el equilibrio de la justicia ambiental. Es decir, cuando el proyecto genere una desigual distribución de beneficios y cargas ambientales.

De este modo, la sentencia entrega este mecanismo o test para ayudar a decidir sobre la procedencia de un proceso participativo ante una DIA, oportunidad en la que vincula sustantivamente la idea de cargas ambientales de la Ley N° 19.300 y el RSEIA con la noción de justicia ambiental. Es más, fue esta fórmula la que le permitió concluir sobre la procedencia de un proceso participativo, y en la especie descartar esa alegación concreta:

“Trigésimo octavo. Que, así las cosas, para este Tribunal, en la especie no concurre la segunda hipótesis del artículo 94 inciso séptimo del RSEIA, pues de los antecedentes del procedimiento administrativo no puede estimarse en modo alguno que la demolición de instalaciones periodísticas, con la posterior excavación y socialzado de muros satisfaga necesidades básicas de la comunidad, así como tampoco que exista la desigual distribución de las cargas y/o beneficios ambientales invocada por las reclamantes, en los términos del artículo 94 del RSEIA”⁴⁷ (proyecto “Mall Vivo Santiago: etapa de demolición, excavación y Socialzados”).

Otra pregunta práctica que se ha presentado cuya respuesta ha sido de difícil delimitación, se refiere a la posibilidad de que pueblos originarios, reclamando por vicios de un procedimiento de consulta

⁴⁷ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. 2021. Sentencia dictada en reclamación R-217-2019 el 25 de marzo de 2021, considerando trigésimo octavo, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

indígena (el cual tiene una naturaleza, destinatarios y finalidades distintas) puedan ejercer las acciones especiales administrativas y judiciales que el legislador contempló a favor de la participación ciudadana y la debida consideración de las observaciones PAC.

Esta cuestión fue profundizada por la Excma. Corte Suprema, la que conociendo los recursos de casación presentados en contra de la sentencia R-141-2017 (acumulada R-142-2017) del Segundo Tribunal Ambiental, sobre el proyecto “Continuidad Operacional Cerro Colorado”, ratificó parte del análisis y alguno de los criterios sostenidos por esta Magistratura, pero también revocó la sentencia considerando que sí es posible extender el ejercicio de estas acciones especiales a los pueblos originarios para que reclamen por vicios de otro procedimiento distinto al de observaciones ciudadanas a proyectos.

Para resolver esta materia, la Excma. Corte Suprema en su razonamiento indicó que en relación con los procesos participativos, los tribunales ambientales deben controlar aspectos formales (si se entregó o no una respuesta formal a la persona, o si se agregó o no al expediente administrativo la observación presentada), y aspectos sustantivos sobre el fondo del proyecto, como por ejemplo, si las medidas de mitigación son aptas para responder a los efectos denunciados por el observante:

*“Cuadragésimo primero: Al tenor de la observación y de la respuesta de la autoridad ambiental, atendido lo razonado hasta ahora, el examen sobre su debida consideración ciertamente obligaba al Tribunal Ambiental a analizar si aquellas medidas de mitigación efectivamente cumplían con hacerse cargo del impacto denunciado por el observante, análisis que, como se dijo, no está en la RCA, como tampoco en el razonamiento del Comité de Ministros”.*⁴⁸

Más aún, en esa misma oportunidad ratificó otros puntos esenciales sobre el principio participativo, como el que las ob-

⁴⁸ CORTE SUPREMA. 2021. Sentencia de término dictada en causa rol 8573-2019 el 21 de enero de 2021, considerando cuadragésimo primero, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

servaciones de la comunidad se relacionan con el principio de cooperación con la Administración, ya que la sola actuación del Estado es insuficiente para lograr una protección efectiva del medio ambiente. Citando a Camilo Mirosevic, la Excma. Corte Suprema agregó que la participación ciudadana es considerada tanto un derecho como un deber para los ciudadanos, cuestión que reitera al calificar el derecho a participar como un derecho a opinar “responsablemente”:

*“Trigésimo octavo: [...] Se ha referido que la participación ciudadana en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental constituye ‘una concreción del principio de cooperación de los ciudadanos con la Administración, puesto que en ocasiones la acción de ésta resulta insuficiente para la tutela efectiva del ambiente, de modo que a la ciudadanía corresponde un activo rol de colaboración en dicha función de interés público [...] Desde esta óptica, para algunos autores la participación ciudadana presenta carácter dual, esto es, constituye tanto un derecho como un deber de la ciudadanía’ [...]”*⁴⁹

Sobre esa base conceptual también concuerda con esta Magistratura en que Participación Ciudadana y Consulta Indígena⁵⁰ son instituciones distintas y tienen un objetivo disímil, aunque ambos instrumentos descansan en una finalidad común, que no es otra que permitir que la comunidad pueda plantear sus observaciones y cuestionamientos desde la perspectiva medioambiental:

⁴⁹ CORTE SUPREMA. 2021. Sentencia de término dictada en causa rol 8573-2019 el 21 de enero de 2021, considerando trigésimo octavo, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁵⁰ En esa oportunidad la Excma. Corte Suprema señaló que el Convenio N° 169 de la OIT, en consonancia con la Constitución Política, reconoce un derecho a los pueblos originarios para intervenir con igualdad de condiciones ante medidas susceptibles de afectarlos directamente, cuestión que impone el deber de realizar una consulta de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias de cada pueblo originario, haciendo presente que el Reglamento que regula el Procedimiento de Consulta Indígena exige que los procesos de evaluación ambiental intenten obtener el acuerdo de los pueblos originarios en los casos correspondientes.

“Quincuagésimo segundo: *Que, si bien Participación Ciudadana y Consulta Indígena son distintas, no puede desconocerse que tienen un objeto común, esto es, permitir que la comunidad pueda plantear sus observaciones y cuestionamientos desde la perspectiva medioambiental respecto de proyectos que deben ser evaluados ambientalmente por producir alguno de los efectos contemplados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300 [...]*”⁵¹

Tras ello, también ratifica lo afirmado por esta Magistratura en el sentido de que en nuestro sistema existen importantes vacíos legislativos en torno a la Consulta Indígena pues, a diferencia de lo que ocurre con la participación ciudadana, esta no tiene asociado un régimen de protección judicial explícito que permita revisar la legalidad de la actuación estatal:

“Quincuagésimo segundo: *[...] Tal como lo asienta el fallo impugnado, es efectivo que existe una laguna legal, toda vez que no se halla un mecanismo específico para llevar a cabo el control de legalidad respecto de aquellas materias vinculadas a la Consulta Indígena, puesto que, a diferencia de lo que acontece con las observaciones PAC que no fueron debidamente consideradas, respecto de las cuales se contempla una reclamación administrativa ante el Comité de Ministros –artículo 29 de la Ley N° 19.300– que a su turno abre la reclamación judicial contemplada en el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en este caso no se contempla una acción específica[...]*”⁵²

Esto da pie a distintas alternativas interpretativas posibles (desde la imposibilidad de recurrir para pueblos originarios hasta la posibilidad de hacerlo con otras acciones). En este punto, la Excma. Corte Suprema se apartó de lo considerado por el Tribunal Ambiental de

⁵¹ CORTE SUPREMA. 2021. Sentencia de término dictada en causa rol 8573-2019 el 21 de enero de 2021, considerando quincuagésimo segundo, <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [consulta: 14/04/2022].

⁵² CORTE SUPREMA. 2021. Sentencia de término dictada en causa rol 8573-2019 el 21 de enero de 2021, considerando quincuagésimo segundo, <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [consulta: 14/04/2022].

Santiago para sostener que, como ambas instituciones tienen una finalidad común, es posible llenar el vacío normativo interpretando por analogía. De esta forma, el máximo tribunal, entrega a los pueblos indígenas las mismas acciones administrativas y judiciales que tiene la participación ciudadana. En virtud de lo señalado, no sería necesario que las comunidades soliciten la invalidación administrativa o ejerzan acciones ordinarias, sino que simplemente podrían reclamar tal como si una observación no hubiese sido debidamente considerada, aun cuando el estándar y el objetivo perseguido por la consulta indígena sean diferentes:

“Quincuagésimo segundo: [...] *A este tema ya se refirió esta Corte en la sentencia CS Rol N° 28.195-2018, donde se explicó que la situación anterior determina que se deba realizar un proceso de integración legal, para efectos de entregar la tutela efectiva. En esta labor, resulta adecuado recurrir a la misma ley para llenar el vacío normativo, aplicando el principio de analogía, que permite establecer la regulación contemplada para un caso semejante, debido a que entre ambos existe identidad de objeto. Así, resulta adecuado atender a las semejanzas que existen entre el proceso de Participación Ciudadana y el proceso de Consulta Indígena, en relación a las razones que determinan su procedencia y los objetivos buscados, cuestión que determina la procedencia de la reclamación ejercida en autos para impugnar aquellas materias que se estima no fueron resueltas por el Comité de Ministros, vinculadas a la Consulta Indígena”*⁵³

Así, los casos presentados ante el Segundo Tribunal Ambiental muestran la forma en la que se ha ido conceptualizando y moldeando la participación ciudadana en materia ambiental, cuestión que ha dado pie a una serie de criterios que permiten controlar judicialmente los mecanismos en los que se desenvuelve este principio y llevar a

⁵³ CORTE SUPREMA. 2021. Sentencia de término dictada en causa rol 8573-2019 el 21 de enero de 2021, considerando quincuagésimo segundo, <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [consulta: 14/04/2022].

términos concretos conceptos jurídicamente indeterminados como el de cargas ambientales, debida consideración de las observaciones presentadas por los/as interesados/as, o el de congruencia entre los defectos denunciados en sede administrativa y judicial.

VI. CONCLUSIONES

1. La participación ciudadana ha generado un cambio de paradigma en el que la legitimidad de la actuación ambiental dejó de ser medida solo por la autoridad de la que emana el acto, o el respeto al principio de legalidad en sentido estricto. La observancia del principio participativo también es un criterio de legitimidad de la actuación administrativa, mediante el cual se busca que actuaciones públicas y privadas permitan realmente ejercer una influencia sobre la decisión adoptada y que no se entorpezca la intervención de la comunidad.
2. Tal es la importancia de la participación ciudadana que su ausencia o vulneración genera un vicio insubsanable. Esto se explica desde una perspectiva formal, al ser una de las fases esenciales de los procedimientos que integran este principio; y desde una perspectiva sustantiva, en tanto las observaciones son una fuente de información relevante que permite adoptar una decisión con mayores antecedentes disponibles y llegar a una mejor versión de los proyectos mediante la inclusión de apreciaciones que pudieron ser obviadas o ignoradas por los titulares o las autoridades.
3. Tal como advirtió la Cumbre Judicial Iberoamericana el año 2018, el fenómeno participativo tiene un correlato legislativo que debe ser considerado. En nuestro medio, el examen sistemático de la colaboración pública privada en materia ambiental permite advertir que esta institución adopta distintas fisonomías en nuestro ordenamiento, tales como principio, derecho, deber

(según destacó la Excma. Corte Suprema en la sentencia 8573-2019) e instrumento de gestión ambiental.

4. Esta múltiple naturaleza a su vez le permite acoplarse a otras herramientas ambientales de gestión tales como normas de calidad/emisión, evaluaciones estratégicas, consejos civiles u otras; para actuaciones que necesitan conocer las distintas percepciones sobre nuestro entorno de forma de adoptar una mejor decisión regulatoria, con más información disponible y mayores niveles de cumplimiento, que logre así cumplir los objetivos perseguidos.
5. Estas particularidades de la participación han exigido que los Tribunales Ambientales escuchen imparcialmente las alegaciones de las partes que se refieran a la falta de consideración del principio participativo y controlen si el acto cuestionado reflejó una deliberación real por las observaciones ciudadanas. Esto generó la construcción de un complejo entramado de criterios jurídicos que permiten resolver y discriminar en el caso concreto la validez de un acto según el respeto a la intervención de los/as interesados/as.
6. Como consecuencia de lo descrito en el punto anterior, en esta oportunidad se intentó sistematizar alguno de esos criterios, primero reconociendo los elementos esenciales de la figura, tales como su carácter de derecho subjetivo y plena exigibilidad; sus tres pilares básicos, a saber, información, participación e impugnación; su relación con la justicia ambiental; su carácter legitimador de las decisiones públicas; y, su finalidad, en cuanto busca la posibilidad de influir realmente en la decisión adoptada ante las observaciones pertinentes.
7. Acto seguido, se intentó sistematizar el estándar que deben contemplar los diversos intervinientes, recogiendo aquellos casos en los que se afirmó, por ejemplo, la imposibilidad de reemplazar la participación ciudadana, aun por la actuación de organismos públicos; la necesidad de un tratamiento real a las

observaciones durante todo el *iter* procedimental por parte de agentes públicos y privados; la agregación de los planteamientos al expediente; la limitación que genera a la autoridad, que no podrá considerar elementos ajenos a los que han tenido acceso las personas; o el alcance que tienen las observaciones, el cual no se relaciona con acoger siempre, y a todo evento, lo propuesto por las/los ciudadanos/as, sino con dar una respuesta fundada que explique cómo su observación fue considerada, por qué se descartó o por qué fue considerado impertinente lo planteado.

8. El Segundo Tribunal Ambiental complementa este desarrollo con una lectura armónica y sistemática de la institución, remitiéndose a la comprensión institucional que realiza el SEA, quien ha definido por medio del Oficio Ordinario N° 130.528 de su Director Ejecutivo, que las respuestas a las observaciones deben ser, entre otras, completas, precisas, autosuficientes, claras y fieles a lo planteado.
9. Junto con lo anterior, la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental muestra la dinámica en la que se desenvuelven estos criterios en situaciones particulares lo que le permitió, por ejemplo, desarrollar un test para la determinación de procesos participativos en instancias específicas como las Declaraciones de Impacto Ambiental; determinar su procedencia ante posteriores procesos de revisión del acto administrativo; o exigir una congruencia entre el procedimiento de evaluación, los reclamos administrativos y la revisión judicial.
10. En un momento en que el desarrollo de las tecnologías y comunicaciones ha permitido un mayor acceso a los antecedentes públicos y facilitado la intervención, es esperable que mejoren los canales de participación ciudadana, lo que a su vez puede plantear nuevas preguntas en torno a la institución y su relación con otras figuras, como aconteció con la Participación Indígena. Para ello, la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental puede ser una guía que oriente a los distintos actores/as y dé una

mayor certeza a los espacios en los que se reúnan autoridades y civiles, de modo que cuenten con una base dogmática que les permita conocer sus derechos, deberes y las finalidades que puedan obtener en estas instancias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERMÚDEZ, J. y MIROSEVIC, C.: “El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público”, *Revista de Derecho*. 2008. N° 31, pp. 439-469, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE: “Historia de la Ley N° 19.300, que Aprueba Ley sobre bases generales del medio ambiente”.
- COSTA, E.: “Mejora Regulatoria, Legitimación y Principio de No Regresión: El Fallo de la Corte Suprema en el Caso MP 10”, *Revista de Justicia Ambiental*, vol. 7, 2015, pp. 203-223.
- DE LA MAZA, G.: “Espacio público y participación ciudadana en la gestión pública en Chile: límites y posibilidades”, *Polis*, 2011, vol. 10, N° 30, pp. 45-75.
- HERVÉ E., D.: *Justicia ambiental y recursos naturales*, Valparaíso: Ediciones Universitarias, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2014, 386 pp.
- LEE, M.: *EU environmental law, governance and decision-making*, 2ª ed., Oxford: Hart Publishing, 2014, 300 pp.
- MIROSEVIC V., C.: “La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417”, *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2011, N° 36, pp. 281-323.
- NACIONES UNIDAS: Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Principios relativos a los bosques, 1992, Río de Janeiro: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.
- OCDE: Estudio de Gobernanza Pública de la OCDE, 2017, Chile. Informe: La participación ciudadana en el proceso constituyente.
- RAZZAQUE, J. & RICHARDSON, B.: “Public participation in environmental decision-making”, in B. RICHARDSON, & S. WOOD (Eds.), *Environmental Law for Sustainability*, 2006, pp. 165-194, Hart Publishing.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2021): *Derecho Ambiental. Estudios desde la Jurisprudencia del Tribunal Ambiental de Santiago*, Santiago: Editorial Libromar, 137 pp.

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL (SEA) (2013): Oficio Ordinario N° 130.528, que contiene el Instructivo Consideración de las Observaciones Ciudadanas en el Marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA (2020): Sentencia de término dictada en causa rol N° 28.195-2018, el 16 de junio de 2020.

CORTE SUPREMA (2021): Sentencia de término dictada en causa rol N° 8573-2019 el 21 de enero de 2021.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2013): Sentencia en reclamación R-96-2016 el 27 de febrero de 2017.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2014): Sentencia en reclamación R-143-2017 (acumulada con causas rol R-144-2017 y R-145-2017), el 10 de diciembre de 2018.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2014): Sentencia en reclamación R-22-2014 (acumulada R-25-2014, R-28-2014, R-29-2014, R-31-2014) el 16 de diciembre de 2014.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2016): Sentencia dictada en reclamación R-86-2015 el 27 de octubre de 2016.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2017): Sentencia dictada en reclamación R-131-2013, el 28 de abril de 2017.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2017): Sentencia dictada en reclamación R-96-2016 el 27 de febrero de 2017.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2017): Sentencia en reclamación R-93-2016, de fecha 27 de febrero de 2017.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2017): Sentencia en reclamación R-72-2015, de 12 de junio de 2017.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2017): Sentencia en reclamación R-101-2016, de 31 de mayo de 2017.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2018): Sentencia en reclamación R-143-2017, el 21 de noviembre de 2014.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2018): Sentencia en reclamación R-146-2017, el 25 de septiembre de 2018.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2019): Sentencia dictada en reclamación R-169-2017 el 14 de junio de 2019.

- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2019): Sentencia dictada en reclamación R-164-2017 el 1 de agosto de 2019.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2019): Sentencia dictada en reclamación R-125-2016 el 11 de febrero de 2019.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2019): Sentencia en reclamación R-158-2017 (acumulada con R-158-2017), el 17 de agosto de 2018.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2019): Sentencia en reclamación R-169-2017 el 14 de junio de 2019.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2020): Sentencia en reclamación R-175-2018 de fecha 19 de marzo de 2020.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2021): Sentencia dictada en reclamación R-217-2019 el 25 de marzo de 2021.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2021): Sentencia dictada en reclamación R-217-2019 el 25 de marzo de 2021.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL (2021): Sentencia dictada en reclamación R-217-2019 el 25 de marzo de 2021.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL DERECHO AMBIENTAL

Comentario al estudio del Segundo Tribunal Ambiental

CAMILO MIROSEVIC VERDUGO*

I. INTRODUCCIÓN

“La participación ciudadana ha generado un cambio de paradigma en el que la legitimidad de la actuación ambiental dejó de ser medida solo por la autoridad de la que emana el acto, o el respeto al principio de legalidad en sentido estricto”.¹

No hay frase que, en mi opinión, describa mejor la situación actual del Derecho ambiental y, más en general, del Derecho administrativo, en el contexto de crisis de confianza en las instituciones y, consecuentemente, en el sistema jurídico. Aunque se trata de una afirmación poco ortodoxa y hasta de difícil aceptación, refleja ese sentir que muchas veces está detrás de la manera en que las entidades estatales —entre ellas la judicatura— resuelven los conflictos que se presentan a diario en estos tiempos de redefinición del rol del Derecho como instrumento de ordenación de la vida en socie-

* Profesor de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Magíster en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg - Universidad de Chile. Agradezco las valiosas correcciones y comentarios que efectuaron Odette González Vargas, Jaime Guarello Mundt y el profesor Óscar Fuentes Mondaca.

¹ La cita corresponde a la primera conclusión del trabajo del Segundo Tribunal Ambiental que se comenta.

dad. Se trata de un momento en que la legitimidad y, por ende, la aceptación social de una decisión pública –que muchas veces tiene impactos negativos en la calidad de vida de las comunidades– no puede descansar solo en el cumplimiento formal del ordenamiento jurídico, el que aparece exiguo frente a un descrédito institucional provocado, en buena medida, por el abuso de los actores con mayor capacidad de incidencia. En esa búsqueda de legitimidad del acto administrativo, la participación de la ciudadanía aparece como un requisito indispensable, no tanto para dar por socialmente aceptada una decisión –pensar eso sería pecar de exceso de optimismo–, sino, al menos, para tenerla por ilegítima cuando la intervención de las comunidades no ha tenido lugar o se ha producido de manera defectuosa. Mientras no se avance en la incorporación de autoridades elegidas democráticamente en las decisiones ambientales,² los espacios de participación ciudadana y la consulta indígena seguirán sosteniendo el andamiaje para efectos del juzgamiento de la validez y la aceptación social de las decisiones sobre proyectos ambientales.

La frase citada es una de las diez conclusiones del texto titulado “Participación ciudadana en el derecho ambiental”, que en esta ocasión tengo el privilegio de comentar, el que constituye la continuación de un sólido y contundente esfuerzo del Segundo Tribunal Ambiental de difundir la labor de esa jurisdicción especializada, próxima a cumplir una década de funcionamiento. Como indicaba el Presidente Ministro Cristián Delpiano, cuando introducía el primer libro de estudios de

² Con esto me refiero no solo a la inclusión de los gobernadores regionales que hoy se encuentra en debate, sino también de los alcaldes. Ello supone sincerar que la comisión de evaluación no es solo esa pretendida instancia técnica al margen de toda otra consideración –postulado que se contrapone con la presencia del delegado presidencial y con la fuerza de los hechos–, sino también constituye un espacio de ponderación de intereses, lo que exige incorporar a los representantes electos de las comunidades del lugar donde se emplazará el proyecto. Aun con el latente riesgo de populismo, estimo necesaria la incorporación de esas autoridades en la comisión para fortalecer la legitimidad social de las decisiones ambientales, lo que de paso terminaría con la poco sana práctica de las municipalidades de vestirse como ciudadanos y realizar observaciones como vía de acceso a la justicia ambiental.

esa institución, el acceso a la justicia ambiental es un elemento que no solo se juega en el grado de apertura respecto de quienes pueden comparecer ante los Tribunales Ambientales, sino que también se refleja en la posibilidad de acceder y comprender los criterios que justifican las decisiones adoptadas por esa magistratura.³

Desde esa convicción, este segundo volumen es una iniciativa que contiene una valiosa sistematización de las decisiones de ese Tribunal, demostrando una línea consistente en el tiempo y exhibiendo un alto nivel técnico desde las ciencias ambientales y el Derecho administrativo. Tan importante como la ordenación de jurisprudencia, el trabajo explicita de manera clara y sencilla los criterios y estándares de controles que orientan esas decisiones, constituyendo un material *útil* para comprender la lógica jurídica-argumentativa del Tribunal detrás de sus determinaciones. Entre esos criterios, que se manifiestan en una serie de decisiones sobre casos concretos, la magistratura clarifica la relevancia que le atribuye al desarrollo adecuado de la etapa participativa en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Si el derecho busca regular conductas en el futuro, esa finalidad solo puede ser alcanzada si la interpretación que de él se realiza es susceptible de ser conocida por los operadores jurídicos, para ajustar sus actuaciones a ella. A este efecto, la explicitación de los criterios jurisprudenciales será, sin lugar a duda, un importante material que orientará a las Administraciones públicas, así como a los proponentes y ciudadanos intervinientes, acercando el acceso a esa jurisdicción especializada y, por tanto, reforzando el derecho a que la tutela judicial sea realmente efectiva.

Entre los aspectos que considero más significativos del estudio emprendido por el Tribunal, he optado por analizar, en un primer acápite, los fundamentos y fines de la participación ciudadana en el SEIA y la forma en que ha sido entendida por el Tribunal Ambiental con sede en Santiago. A continuación, dedico una segunda sección a

³ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, *Derecho ambiental. Estudios desde la jurisprudencia del Tribunal Ambiental de Santiago*, Santiago: Editorial Libromar, 2021, p. 20.

revisar los tres elementos que componen el mecanismo participativo en este procedimiento, a saber, derecho de acceso al expediente, derecho a formular observaciones que sean debidamente consideradas y derecho a impugnar la decisión cuando se estiman defraudadas esas garantías. Finalmente, en el tercer acápite se aborda un tema que no ha decantado suficientemente –producto de una defectuosa regulación– y que corresponde a la posición de los terceros interesados en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Aunque este último aspecto se encuentra en el límite del tema participación ciudadana –desde que la intervención del interesado en un procedimiento debiera ser entendida como una figura conceptualmente diversa de aquella–, incide directamente en la configuración del mecanismo participativo en el SEIA, en cuanto *éste* ha servido de cauce para admitir la actuación indirecta de los terceros cuya esfera jurídica terminará siendo afectada con la decisión que se adopte.

II. FUNDAMENTOS Y FINES DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL

I. ASPECTOS GENERALES

Uno de los grandes aportes del Derecho ambiental al Derecho administrativo es, con toda seguridad, el desarrollo y profundización de mecanismos que integran a la ciudadanía en la adopción de decisiones *públicas*. Si bien se trata de una materia que excede esa última disciplina –y la ciencia jurídica en general– ha sido en el Derecho ambiental el espacio en que la participación ciudadana en la gestión de asuntos públicos ha exhibido un mayor desarrollo. En este ámbito, la larga tradición que reconoce el involucramiento de los particulares, se instala primero a nivel de instrumentos internacionales, especialmente, a partir de aquellos resultantes de la Conferencia de Río de 1992, para luego ser recepcionada a nivel interno tanto en el plano constitucional como legal. En aquellos casos en que la legislativa ha

sido tardía o insuficiente, los mecanismos participativos igualmente se han instalado como práctica administrativa en ese espacio gris denominado *actuación informal de la Administración*.

Como comienza detallando el texto que se analiza, el involucramiento de las personas en materia ambiental ha sido reconocido por diversos cuerpos normativos en nuestro derecho interno. A partir de dicha consagración positiva, el Segundo Tribunal Ambiental entiende la participación en su triple dimensión, esto es, en cuanto derecho subjetivo, principio y requerimiento sustantivo e insustituible.⁴ Esa misma relevancia ha sido refrendada por la Corte Suprema, cuando ha señalado:

*“Que es evidente la trascendencia reconocida a la participación de los ciudadanos en el procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental de los proyectos presentados al sistema pertinente, otorgando el legislador a estos terceros no sólo el derecho a realizar observaciones, obligando a la autoridad a pronunciarse fundamentadamente respecto de aquellas, sino que, además, entrega el derecho a deducir, primero, reclamación en sede administrativa, [...] y, luego, en sede judicial”.*⁵

Con todo, es necesario tener siempre presente que la extensión desmesurada de los mecanismos participativos y, muy especialmente, cuando estos procesos se desarrollan de mala fe, generando falsas expectativas de forma irresponsable, terminan afectando el cumplimiento de los fines públicos confiados a la autoridad administrativa.⁶ Ello no

⁴ Segundo Tribunal Ambiental, rol R-86-2015, 27 de octubre de 2017, c. decimoséptimo.

⁵ Corte Suprema, rol N° 36.919-2019, 22 de febrero de 2021, c. sexto.

⁶ Así como suelen destacarse las ostensibles ventajas de la participación, es necesario tener en consideración sus limitaciones y efectos no deseados en la gestión pública. Entre ellos, la sobrecarga del sistema administrativo cuando se formulan profusas observaciones con un afán obstruccionista o para negociar beneficios con el titular al margen de la evaluación ambiental. A la inversa, es necesario asumir una mirada desprejuiciada también respecto de las deficiencias que se le atribuyen, como sucede con la demora significativa en los procedimientos administrativos. Precisamente sobre esto último en el contexto del SEIA, un estudio de 2017 concluyó: “Ocurre un fenómeno distinto al momento de analizar

es óbice para valorar la participación de la ciudadanía, sino que fuerza a ponderar desprejuiciadamente sus bondades y defectos al momento de definir la configuración precisa de un mecanismo de esa naturaleza.

El estudio sobre participación ciudadana desarrollado por el Segundo Tribunal Ambiental contiene un sólido sustrato teórico que explicita la forma en que esa magistratura conceptualiza la materia. Así, luego de describir el marco normativo internacional y la configuración legal de las instancias participativas en el ámbito ambiental, se abordan los criterios que ha sostenido respecto del rol que se atribuye a la intervención de la ciudadanía. En las líneas siguientes, me propongo profundizar en los fundamentos y fines que pueden atribuírsele, o lo que es lo mismo, intentar responder el *por qué* y el *para qué* se contemplan mecanismos participativos en la gestión del entorno.

2. FUNDAMENTOS

Como tuve ocasión de exponer hace más de una década,⁷ el notable desarrollo de la participación ciudadana en el Derecho ambiental responde al menos a tres justificaciones. En primer término, el ca-

la relación entre las observaciones y actividades con los tiempos de demora, donde se puede establecer un bajo nivel de relación en ambos casos. En este sentido, se puede establecer que la participación no logra explicar el aumento de los plazos en la evaluación, que como se señaló en el análisis univariado, tienden a ser más extensos”. LARA, M. y LETELIER, D., “Mecanismos de participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno”, en *Revista de Gestión Pública*, 2017, vol. VI, N° 2, p. 305, <https://revistas.uv.cl/index.php/rgp/article/view/2210/2163> (revisado el 5 de septiembre de 2021).

⁷ Primero en MIROSEVIC, C., “La participación ciudadana en el SEIA y las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, N° XXXVI, pp. 281-323, <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n36/a08.pdf> y luego ampliada en MIROSEVIC, C., *Mecanismos de participación ciudadana en el ordenamiento jurídico*, Santiago: Editorial Librotecnia, 2013, pp. 245 y ss.

rácter social del ambiente, la universalidad del daño al entorno y la titularidad común de los elementos que lo componen reclaman una gestión abierta y colaborativa de parte de las autoridades *públicas* hacia la ciudadanía. A partir de esos elementos es que la protección del ambiente aparece como una expectativa común de todos los miembros de la colectividad, que en su conjunto ostentan una legítima necesidad impersonal de velar por un medio adecuado.⁸ Esa impersonalidad se deriva del hecho de que el detrimento de uno de los componentes del entorno comprometerá no solo a personas indeterminadas, sino también a generaciones futuras. Por tanto, el carácter social del ambiente se traduce, en términos de legitimación, en admitir que su protección sea asumida por círculos más amplios de sujetos que cuando se trata de bienes de titularidad netamente privada. Así, en materia ambiental aparecen los intereses supraindividuales como una categoría que, trascendiendo lo meramente individual, tiene por base esa dimensión social que viene a romper con el concepto clásico de derecho subjetivo.⁹ Para efectos de racionalizar la litigiosidad ante la jurisdicción, se han empleado los criterios del entorno adyacente, el círculo de intereses, reconociéndose una legitimación amplia en la protección del medio ambiente, aunque sin llegar a transformar las acciones contencioso administrativas ambientales en acciones populares.

En segundo lugar, la inequidad que en este ámbito se expresa como una desigual distribución de los beneficios y externalidades

⁸ TISNÉ, J., “Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N° 20.600”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2014, Año 21, N° 1, p. 328, <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v21n1/art10.pdf> (consultado el 3 de octubre de 2021).

⁹ AGUIRREZABAL, M., “Algunas precisiones en torno a los intereses supra-individuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2006, vol. 33, N° 1, p. 71, <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art05.pdf> (consultado el 22 de septiembre de 2021); AGUIRREZABAL, M. y ROMERO, A., “El control de oficio de la competencia absoluta en relación a las acciones de protección de los intereses difusos y colectivos de los consumidores”, en *Sentencias Destacadas 2009*, Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo, 2010, p. 161.

derivados de proyectos ambientales, fuerzan a escuchar la voz de las comunidades en las que estos se emplazan y que normalmente no se identifican con los beneficiarios finales de dichas iniciativas. Esta situación de discriminación o racismo ambiental implica que las comunidades más impactadas por las actividades y el desarrollo sean aquellas que han sido tradicionalmente excluidas del proceso de toma de decisiones, ya sea de manera intencional o por falta de recursos, generándose las denominadas zonas de sacrificio que afectan a grupos socioeconómicamente vulnerables.¹⁰ Como ha destacado la profesora Dominique Hervé, la participación ciudadana se erige como el mecanismo necesario para lograr una mejor distribución de esas cargas y beneficios, contribuyendo a alcanzar la igual protección de las personas por parte de la legislación ambiental.¹¹ Esta segunda justificación que sostiene la intervención de la ciudadanía en la protección del entorno aparece destacada en el trabajo en referencia, bajo la denominación *justicia participativa* y que se encamina a alcanzar un trato justo e igualitario para todas las personas en el proceso de adopción de decisiones. Huelga decir, con todo, que cuando esa participación ha sido más efectiva, es paradójicamente producto del hecho de haberse efectuado por grupos organizados que cuentan con recursos económicos y técnicos para abordar lo que significa primero entender y luego observar un proyecto en evaluación. Desde

¹⁰ INFANTE, P. “(In)justicia ambiental en Chile y principales mecanismos para mitigar la inequidad: planificación territorial y derechos de comunidades vulnerables”, en *Revista de Derecho Ambiental*. 2016, Año IV, N° 6, p. 144, <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/43319/45305> (consultado el 2 de octubre de 2021).

¹¹ HERVÉ, D., “Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica”, en *Revista de Derecho*, 2010, vol. XXIII, N° 1, p. 21, <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art01.pdf> (consultado el 28 de septiembre de 2021). HERVÉ, D. El desarrollo sostenible y la justicia ambiental en la Ley N° 19.300 y en el proyecto de reforma a la institucionalidad ambiental, en HERVÉ, D., GUILLOFF, M. y PÉREZ, R. (eds.), *Reforma a la institucionalidad ambiental. Antecedentes y fundamentos*, Santiago: Ed. Universidad Diego Portales, 2010, pp. 271 y 281.

ahí, puede sostenerse que ese afán redistributivo de las cargas y beneficios ambientales para proteger a los más vulnerables, no ha pasado de ser un anhelo teórico incumplido, particularmente cuando se está ante proyectos con ingentes recursos económicos defendidos por especializados estudios jurídicos.

Finalmente, una tercera razón que explica la significancia de la participación en este ámbito radica en el hecho de que los instrumentos de gestión ambiental operan normalmente desde la lógica restrictiva de derechos, imponiendo limitaciones y cargas a los particulares. Esos ciudadanos pasan, entonces, a ser interesados, toda vez que su esfera jurídica se ve constreñida por decisiones administrativas. Desde esa consideración, el principio de contradictoriedad despliega todo su potencial cuando se reconoce un amplio abanico de mecanismos que facilitan la intervención de esos interesados en el procedimiento administrativo en el que se gestan dichas decisiones. Consecuentemente, la participación ciudadana permite que los sujetos cuyos derechos o intereses resultan afectados, sean escuchados de forma previa a la adopción de la determinación, ejerciendo los derechos que se derivan del estatuto jurídico del interesado. Esta justificación teórica es particularmente observable en el contexto del SEIA, cuya deficiente regulación impide a esos interesados intervenir en el procedimiento, situando a la fase participativa como el cauce –inadecuado por cierto– para admitir esa actuación.¹²

3. FINALIDADES

Para concluir este primer apartado conceptual sobre la participación ciudadana en el SEIA –sustrato teórico que sirve para aproximarse a la aplicación normativa–, corresponde revisar dos de las finalidades que han sido reconocidas por la jurisdicción ambiental.

¹² Deficiencia que, como se sabe, ha sido correctamente suplida por los Tribunales Ambientales a partir de una lectura amplia del contencioso sobre el acto invalidatorio previsto en el art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600.

a) **Refuerzo a la legitimidad de las decisiones ambientales:** Como han apuntado diversos autores, la historia del Derecho administrativo ha estado marcada por la manera de suplir el déficit de legitimidad democrática cuando la Administración ejercita sus potestades públicas.¹³ La búsqueda de esa legitimidad es particularmente relevante en contextos en que la generalidad, ambigüedad y falta de actualización de las leyes deja un amplísimo margen de opción a la Administración, lo que se ve agravado por el vertiginoso avance de la tecnología y la complejización de la vida en sociedad. En ese marco, la labor de ejecutar los mandatos abiertos del legislador está constantemente tensionada por la necesidad de obtener legitimidad más allá de aquella que proporciona el cumplimiento del Derecho, particularmente cuando se está frente a decisiones que se perciben como desfavorables para grandes grupos de ciudadanos.

Según observa Costa, parte importante de los estándares ambientales no se encuentran consagrados a nivel legislativo, sino que pasan por definiciones de la autoridad administrativa que se materializan mediante actos de carácter general o actos de autorización.¹⁴ Es precisamente eso lo que sucede con el SEIA. En efecto, el acto resultante de este procedimiento administrativo no se limita a una mera constatación de la legalidad del proyecto, sino también determina, en el caso concreto, las condiciones ambientales bajo las cuales deberá ejecutarse durante toda su vida útil, cumpliendo de este modo una función ordenadora o normativa.¹⁵ Lo anterior ha llevado a sostener que la resolución de calificación ambiental (RCA) se ha transformado, por defec-

¹³ UGARIČ, B., “Openness and transparency in public administration: challenges for public law”, en *Wisconsin International Law Journal*, 2004, vol. 22, N° 3, pp. 484-485, <https://wilj.law.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/1270/2012/02/bugaric.pdf> (consultado el 4 de octubre de 2021).

¹⁴ COSTA, E., *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*, Santiago: DER Ediciones, 2020, p. 266.

¹⁵ DE LA FUENTE, O., *Control judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - Abeledo Perrot, 2012, p. 34.

to, en una verdadera regulación reglamentaria de la actividad industrial, proceso no solo asociado al cumplimiento de normas y a medidas de mitigación, compensación o reparación, sino que se comporta como un verdadero espacio de deliberación público-privada a nivel regional.¹⁶ Sin embargo, ese espacio de definición de las condiciones que normarán al proyecto, o lo que es lo mismo, la determinación de los estándares de riesgo tolerables por una comunidad, carece de legitimación democrática, en tanto su integración margina a autoridades electas por la ciudadanía.

Ese déficit democrático se va agudizando en tanto crece el espacio de discrecionalidad de la potestad administrativa y recibe mayor cuestionamiento cuando se trata de iniciativas privadas con capacidad de impactar significativamente entornos prístinos o a comunidades cercanas, apareciendo la participación ciudadana como un mecanismo de compensación que permite suplementar y contrapesar ese margen de libertad con que cuenta la Administración ambiental. En esos casos, la incorporación no solo de los potenciales afectados sino de la ciudadanía en general, a través de la apertura de una fase participativa en el procedimiento, puede contribuir a aumentar la aceptación de la decisión por parte de sus destinatarios.¹⁷ Del mismo modo, y más allá de las determinaciones técnicas de los niveles tolerables de riesgo, la participación contribuirá a forjar lo que una comunidad en un momento determinado considera como aceptable y aquello que, por ser percibido como propio y valioso, debe ser especialmente conservado o preservado.

¹⁶ RUESTRA, S., “La relación entre el recurso administrativo y la reclamación judicial de los actos dictados en el procedimiento de evaluación ambiental”, en PINILLA, F., BERMÚDEZ, J., y FERRADA, J., *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2015, p. 280.

¹⁷ FONTANA, D., “Reforming the Administrative Procedure Act: Democracy Index Rulemaking”, en *Fordham Law Review*. 2005, vol. 74, p. 82, https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1625&context=faculty_publications (consultado el 2 de marzo de 2021).

Producto de lo anterior, algunos autores han explicado el incremento en la procedimentalización de la actividad administrativa en contextos con altos niveles de desconfianza en las autoridades públicas, como sucede en episodios de crisis sociales y políticas.¹⁸ Como señala Esteve Pardo, a mayor exigencia y rigor en la conducción del procedimiento por la Administración –dando fluida entrada a la participación de interesados, promoviendo la transparencia, buscando fundamento a su decisión, requiriendo y valorando informes cuando sea necesario y admitiendo la actividad probatoria– mayor legitimidad adquieren sus resoluciones y más incuestionables resultan.¹⁹ Al contrario, cuando la exigencia procedimental decae, los déficits en el procedimiento se transmitirán a la resolución final con el consiguiente déficit de legitimidad.²⁰

En la situación actual por la que atraviesa la relación ciudadanía-Estado, considerando la aguda crisis política e institucional que nos aqueja, es posible afirmar –como lo hace el estudio en análisis– que el apego a la juridicidad no basta para garantizar legitimidad de las decisiones y, por ende, para mantener la paz social. Puesto en otros términos, decisiones desprovistas de legitimidad y aceptación social solo pueden conducir a agravar los conflictos entre titulares de proyectos, comunidades y autoridades públicas. Por el contrario, la participación que es promovida y ejercida correcta y responsablemente

¹⁸ Refiriéndose al caso de Estados Unidos, James Freedman explica que en medio de la crisis de credibilidad del gobierno provocada por la Guerra de Vietnam y otros episodios, los norteamericanos hicieron lo que las sociedades normalmente hacen cuando los conflictos sociales amenazan el sentido de estabilidad de la comunidad: aumentaron la procedimentalización para restablecer la confianza de que la autoridad gubernamental ejercería sus potestades de manera imparcial, particularmente aquellas prerrogativas que podían favorecer a un grupo en desmedro de otro. FREEDMAN, J. *Crisis y legitimidad. El proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 44.

¹⁹ ESTEVE, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 6ª edición, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 172.

²⁰ *Ibid.*

constituirá un instrumento que permite reforzar la legitimidad de las decisiones vertidas en los actos administrativos ambientales, coadyuvando en las complejas tareas de restablecer la confianza en el aparato público y combatir fenómenos como la corrupción y la captura estatal por agentes privados, que a punta de un descarnado tráfico de influencias, tanto daño han hecho a la credibilidad del sistema.

- b) **Participación como fórmula para aportar información:** La segunda potencialidad que interesa destacar y que ha sido recogida por la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental es la capacidad de los mecanismos participativos de proporcionar insumos a la Administración para la construcción de una mejor decisión. Se trata de mirar a los procedimientos en que se gestan los actos administrativos ambientales –y sus fases participativas– como flujos de información al servicio de la óptima ponderación de los intereses que confluyen en una determinación de la autoridad. La consideración base detrás de esta perspectiva es asumir que la existencia de reglas procedimentales no apunta únicamente a resguardar los derechos de los interesados –objetivo que ha sido el más relevado históricamente, sobre todo por nuestra doctrina–, sino que también se dirige a contribuir a obtener mejores decisiones públicas. A este efecto, las reglas relativas a transparencia, participación, intervención de interesados, obligación de ponderar y responder alegaciones y dar razones de la determinación adoptada, constituyen mecanismos al servicio de alcanzar decisiones más oportunas, convenientes y apegadas al ordenamiento jurídico. Entre ellos, la interacción con partes interesadas y con la ciudadanía en general, es vista como una instancia de colaboración que beneficia a la Administración en la determinación de las circunstancias fácticas y las implicancias jurídicas de un caso.²¹

²¹ DRAGOS, D., Administrative Procedure, en FARAZMAND, A. (ed.), *A Global encyclopedia of public administration, public policy, and governance*, Cham: Springer International Publishing, 2016, p. 3.

Bajo esa óptica, y a pesar de las críticas que se pueden formular por la carencia de imparcialidad de las observaciones de la ciudadanía –normalmente motivada por un *interés opositivo* en palabras de Sabino Cassese–,²² cuando el componente subjetivo de esa intervención es identificado, la entidad administrativa puede obtener información relevante que de otra manera habría sido de difícil acceso.²³ Entonces, la cercanía y el conocimiento que tienen esos sujetos respecto del objeto del procedimiento, permite a la Administración la obtención de mayores elementos de juicio para decidir fundadamente. Citando a César Cierco, si el procedimiento sirve a los interesados –y a la ciudadanía que participa–, esos intervinientes sirven del mismo modo al procedimiento.²⁴ En un sentido análogo, Fabrizio Fracchia señala que con independencia de los motivos psicológicos que conducen a los individuos a participar en un procedimiento, las observaciones e información aportada por ellos deben ser evaluadas únicamente desde una mirada que busca mejorar el proceso decisional, esto es, en tanto permiten alcanzar un mejor resultado para el interés público.²⁵

Aterrizando al SEIA, la evaluación del impacto ambiental de un proyecto y sobre todo el establecimiento de sus condiciones y medidas de mitigación, reparación o compensación, dista de ser una labor automática o de mera aplicación que pueda ser completada únicamente por la Administración. Como es evidente, una decisión tan relevante, que construirá la relación jurídica del proyecto en sus distintas etapas, no puede

²² CASSESE, S., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 222.

²³ CIERCO, C., *La Participación de los Interesados en el Procedimiento Administrativo*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2002, p. 74.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ FRACCHIA, F., “Administrative Procedures and Democracy: The Italian Experience”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2005, vol. 12, Issue 2, p. 592, <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1311&context=ijgls&httpsredir=1&referer=> (consultado el 12 de diciembre de 2020).

agotarse con la información que suministre el titular interesado y la propia que maneja la Administración del Estado, sino que debe contemplar mecanismos de participación de la comunidad que permitan aportar elementos para la decisión, optimizando ambientalmente los proyectos y mejorando la calidad y oportunidad de las decisiones.²⁶ Visto desde la vereda del frente, el procedimiento permitirá la circulación de un mayor volumen de información sobre el proyecto a las comunidades donde se emplazará, lo que puede también contribuir a disminuir la conflictividad y la búsqueda de soluciones consensuadas entre los distintos intereses, puesto que muchas veces los conflictos tienen su origen en desinformación y juicios erróneos.²⁷

La dimensión aportativa del mecanismo participativo es particularmente relevante tratándose de proyectos que involucran tecnología avanzada. Dado que el conocimiento es cada vez más extenso, presenta una tendencia a la fragmentación y especialización y tiene un ritmo de producción y obsolescencia acelerados,²⁸ la colaboración de la ciudadanía –particularmente cuando se ejerce el derecho de asociación– resulta fundamental. Por ello, el involucramiento de los particulares en el procedimiento a través de la formulación de observaciones representa un mecanismo de cooperación de los ciudadanos con la Administración,²⁹ como ha reconocido la Corte Suprema en diversos pronunciamientos.³⁰

²⁶ DE LA FUENTE, O., ob. cit. (n. 15), p. 82.

²⁷ MIROSEVIC, C., *Mecanismos de...*, ob. cit. (n. 7), p. 64.

²⁸ FERNÁNDEZ, A., “Metodologías activas para la formación de competencias”, en *Educatio Siglo XXI*, 2006, vol. 24, p. 37, <https://revistas.um.es/educatio/article/view/152/135> (consultado el 14 de septiembre de 2021).

²⁹ Como indica Bermúdez, para la concreción de este principio la Administración renuncia al ejercicio de mecanismos unilaterales e imperativos para acordar con la comunidad la mejor manera de alcanzar en conjunto los fines que inspiran su actuar. BERMÚDEZ, J., *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Valparaíso: Ed. Universitarias de Valparaíso, 2017, p. 52.

³⁰ Entre ellos, en la causa Rol N° 59.791-2020, de 2 de agosto de 2021, precisó:

III. COMPONENTES DEL MECANISMO PARTICIPATIVO EN EL SEIA

A continuación, el documento en análisis contiene una sistematización de los criterios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal tanto sobre aspectos formales como sustantivos de la participación ciudadana en el SEIA. En el estudio, esa judicatura entiende que la “[...] *participación ciudadana tiende a configurarse en nuestro ordenamiento jurídico bajo la tríada acceso a la información, derecho de participación y acceso a la justicia en caso que dichas garantías sean conculcadas*”. Como observa Moraga a propósito del caso EFE,³¹ el Tribunal destaca el vínculo unívoco e indisoluble entre la participación y los otros dos pilares del principio 10 de la Declaración de Río: acceso a la información y justicia en materia ambiental.³²

“Al respecto, se debe señalar que, como se expuso en los fundamentos anteriores, el Periodo de Participación Ciudadana tiene como objetivo central que la ciudadanía informada, colabore con la Administración en el proceso de evaluación ambiental para efectos de materializar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En esencia, la participación busca que efectivamente, los administrados expresen sus observaciones en relación al proyecto que se pretende ejecutar” (c. quinto). En el idéntico sentido indicó: “En efecto, se ha resuelto con anterioridad que la participación ciudadana garantiza el derecho de la comunidad a opinar responsablemente, cuestión que se traduce en las observaciones que se formulan en los albores del proceso de evaluación. Es en relación a la protección de tal principio que se le otorga a los observantes el derecho a reclamar si la autoridad ambiental no cumple con su deber de ponderar debidamente las observaciones que la ciudadanía formuló en tiempo y forma, cooperando así los ciudadanos con la Administración, cuestión que es reconocida por el legislador para concretar la tutela efectiva del medio ambiente” (Corte Suprema, rol N° 36.919-2019, 22 de febrero de 2021, c. duodécimo).

³¹ Proyecto de mejoramiento de la infraestructura ferroviaria del tramo Santiago-Rancagua de la Empresa de Ferrocarriles del Estado. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, rol N° R-35-2014 (acumulada rol números R-37-2014 y R-60-2015), 18 de febrero de 2016.

³² MORAGA, P., “La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno”, en *Revista Derecho del Estado*, 2017, N° 38, p. 179, <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n38/0122-9893-rdes-38-00177.pdf> (consultado el 2 de septiembre de 2021).

I. ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

El sustrato que permite una participación ciudadana responsable y efectiva es el oportuno acceso al expediente administrativo y que este contenga toda la información necesaria para la evaluación. Esta primera garantía basal no solo implica que ese expediente se encuentre en línea, a disposición de cualquier persona, sino también se traduce en la completitud y suficiencia de la información que en él se contiene. En tal sentido, como indica el estudio, el Segundo Tribunal Ambiental se ha pronunciado al respecto concluyendo que: “[...] si se constata, de acuerdo a los antecedentes del proceso, que la información o su disponibilidad fue insuficiente y que ello no se encuentra plenamente justificado, será imposible asegurar que hubo debida consideración de las observaciones ciudadanas, lo que constituirá un vicio de tal entidad, que sólo será corregible con la correspondiente declaración de nulidad”.³³ Refiriéndose a la información deficitaria ya no en la etapa de participación ciudadana, pero que termina afectando a las comunidades cercanas, el Segundo Tribunal Ambiental sostuvo: “Que, la información considerada parcial e imprecisa, dice relación con el sistema de vida de la comunidad, el que, entre otras manifestaciones, incluye movilidad, conectividad, impactos visuales y eventuales impactos acústicos, siendo estos sin duda, los temas de mayor relevancia para la comunidad [...]. Por tanto, en virtud que la autoridad contaba con información parcial e imprecisa, no podía descartar eventuales impactos del proyecto asociados al sistema de vida de la comunidad”.³⁴

Del mismo modo, y a propósito del caso del Hotel Punta Piqueros, el trabajo en comento destaca la necesidad de que la información esté oportunamente a disposición de la ciudadanía, esto es, al momento de verificarse la fase participativa.³⁵ A su turno, la Corte Suprema ha

³³ Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, rol R-86-2015, 27 de octubre de 2016, c. vigésimo segundo.

³⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-35-2014 (acumulada roles R-37-2014 y R-60-2015), 18 de febrero de 2016, c. centésimo tercero.

³⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-86-2015, 27 de octubre de 2016, c. sexagésimo.

resuelto que la oportunidad de la información implica que, de haberse producido variaciones relevantes al proyecto, se debe abrir una nueva instancia de participación ciudadana, como lo dispuso la reforma legal introducida por la Ley N° 20.417. En particular, el máximo tribunal asocia esa apertura de la nueva fase participativa con la oportunidad y suficiencia de la información, cuando señala: “[...] *si la ciudadanía ha efectuado observaciones relacionadas con este ámbito en la etapa ordinaria destinada a este fin, pero sin contar con la totalidad de los antecedentes necesarios, como consecuencia de las modificaciones introducidas posteriormente al proyecto, forzoso es concluir que estas últimas han debido ser sometidas, atendida su indudable trascendencia y la existencia de indicaciones ciudadanas previas pero anodinas, dados tales cambios, a la consideración de la ciudadanía, permitiéndole formular aquellas críticas o sugerencias que estime adecuadas, en resguardo de ‘una mejor calidad de las decisiones’ en este ámbito y de ‘una adecuada gobernabilidad ambiental’. Lo contrario supondría, vulnerando el principio en comento, cercenar una de las herramientas más relevantes del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, limitando así, sin motivo, la participación ciudadana por pruritos meramente formales*”.³⁶

Por otra parte, el acceso a la información ambiental no se agota con el expediente administrativo de evaluación, sino que se extiende también a los medios de difusión que deben realizarse para dar a conocer el proyecto a la comunidad. Sobre este extremo, la Corte Suprema ha establecido: “[...] *las obligaciones que pesan respecto del SEA, se vinculan con garantizar la entrega de la información a la ciudadanía y, en especial, a las comunidades que, potencialmente, podrían verse afectadas [...] las actividades de difusión tienen por objeto que la ciudadanía se informe respecto de la ejecución del proyecto y sus eventuales efectos para que, con conocimiento, puedan realizar las observaciones que estimen pertinentes, cumpliendo las exigencias previstas en la ley, coadyuvando así activamente a la Administración en la adopción de las decisiones que, resguardando el derecho a desarrollar actividades*

³⁶ CORTE SUPREMA. Rol N° 97.792-2016, 6 de noviembre de 2017, c. trigésimo sexto.

*económicas, velen por la efectiva protección de la garantía constitucional prevista en el artículo 8 de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a tener un medio ambiente libre de contaminación”.*³⁷

2. DERECHO A FORMULAR OBSERVACIONES Y QUE SEAN DEBIDAMENTE CONSIDERADAS DURANTE LA EVALUACIÓN

- a) **Formulación de observaciones:** Esta garantía se refiere a la forma de canalizar las opiniones de los ciudadanos a través de un documento escrito que permite a la persona, natural o jurídica, manifestar sus inquietudes y alegaciones sobre un proyecto determinado, conteniendo sus fundamentos técnicos referidos a la evaluación ambiental de un proyecto determinado.³⁸

Quizás el cambio más significativo que introdujo la reforma establecida por la Ley N° 20.417 en la materia en examen, fue la apertura de una fase participativa en las declaraciones de impacto ambiental (DIA). Esa relevancia responde al hecho que, siendo esa la vía de ingreso mayoritaria, reservar la participación a los estudios de impacto ambiental (EIA) implicaba una verdadera exclusión de la intervención de la ciudadanía cuando se evaluaban proyectos. Sin embargo, los supuestos legales de procedencia para la apertura de la fase participativa y, especialmente, la regulación reglamentaria, han sido objeto de controversia en las que se han evidenciado criterios disímiles entre la Corte Suprema y el Segundo Tribunal Ambiental.

Partiendo por este último, el Tribunal ha definido un listado de criterios que se exponen en el documento y que, a mi juicio, resultan totalmente razonables y suficientes para decidir la procedencia o no de esta fase del procedimiento de evaluación. Al efecto, esa magistratura asume que no todos los proyectos enlistados en el art. 10 de la Ley N° 19.300 pueden generar

³⁷ CORTE SUPREMA. Rol N° 59.791-2020, 2 de agosto de 2021, c. sexto.

³⁸ LARA, M y LETELIER, D., ob. cit. (n. 6), p. 295.

cargas ambientales, puesto que ello supondría desnaturalizar el sistema, desconociendo la regla fijada por el legislador. Dichos criterios aparecen sistematizados en el estudio, presentándose como un verdadero test que facilita el entendimiento del estándar de control asumido por la judicatura especializada.

Por su parte, la Corte Suprema parece entender la materia desde un enfoque algo distinto, asumiendo una interpretación laxa del concepto beneficio social y favoreciendo de esa forma la procedencia de la participación de la ciudadanía por defecto. Al respecto sostuvo: “[...] tratándose de un proyecto sometido a una DLA, que versa sobre la forma de extracción de un mineral, es una actividad sometida al SEIA que generará, en mayor o menor medida, un beneficio o utilidad social, suficiente para cumplir con la exigencia del artículo 30 bis de la Ley N° 19.300, por lo que debió darse lugar al proceso de participación ciudadana, por cuanto concurren las demás exigencias que ha establecido el legislador”.³⁹ A juicio de Moraga, sería el titular del proyecto el responsable de aportar la información que permita descartar la existencia de cargas ambientales para terceros,⁴⁰ cuestión esta última que me parece correcta. Entonces, sostiene esta autora, “*A contrario sensu*, de no existir información suficiente en el expediente se presumiría la existencia de dichas cargas, por el hecho de no poder descartarlas, procediendo así la apertura del periodo de participación ciudadana. Tal interpretación permitiría sostener que los terceros estarían liberados de probar la existencia de cargas ambientales para las comunidades próximas, pues bastaría fundarse en los antecedentes del expediente de evaluación que evidencian las cargas ambientales del proyecto o bien en la falta de información del mismo para solicitar a la autoridad ambiental abrir un periodo de participación ciudadana”.⁴¹

³⁹ CORTE SUPREMA. Rol N° 55.203-2016, 16 de marzo de 2017, c. décimo cuarto.

⁴⁰ MORAGA, P., ob. cit. (n. 32), p. 195.

⁴¹ *Ibid.*

En consecuencia, luego de la reforma a la institucionalidad ambiental producida con ocasión del ingreso de Chile a la OCDE, el derecho a formular observaciones se extiende a cualquier persona, natural o jurídica, y procede tanto respecto de un EIA como de una DIA. En este último caso eso sí, solo cuando se verifiquen los supuestos normativos que permiten la apertura de la fase participativa, cuya interpretación efectuada por el Segundo Tribunal Ambiental debiese ser revisada a la luz de los pronunciamientos de la Corte Suprema.

- b) **Debida consideración de las observaciones:** El derecho a formular observaciones quedaría truncado si no pesara sobre la Administración el correlativo deber de hacerse cargo de ellas durante el proceso de evaluación.

Como se destaca en el documento en análisis, el contenido de las observaciones determina el alcance del derecho a requerir la revisión de la RCA cuando ellas no hayan sido debidamente consideradas. Como expuse en su oportunidad, aunque la sustitución del deber de *ponderar* las observaciones por el de *considerarlas* y hacerse cargo de ellas nominalmente pretendía dar mayor incidencia a la participación, en realidad no constituyó un avance sustantivo en la clarificación de los criterios para acometer esa labor.⁴² Es precisamente esa ausencia de criterios la que ha llevado a la doctrina a sostener que, ante la falta de claridad sobre la manera de incorporar las observaciones al proceso de evaluación, la forma de hacerlo queda finalmente entregada a la comprensión personal que tenga la autoridad respectiva.⁴³

Ese espacio gris que deja la ausencia de densidad normativa ha sido correctamente suplido, a mi juicio, mediante los criterios desarrollados por el Segundo Tribunal Ambiental y que han sido construidos a partir del Oficio Ordinario N° 130.528 del Director Ejecutivo del SEA, como se indica en el documento en

⁴² MIROSEVIC, C., *Mecanismos de...*, ob. cit. (n. 7), p. 262.

⁴³ COSTA, E., ob. cit. (n. 14), p. 3.

estudio. Entre dichos criterios, la completitud, autosuficiencia, precisión, claridad y fidelidad a lo observado son estándares que sirven al *órgano jurisdiccional* para revisar si la Administración se ajustó a la juridicidad.

Asimismo, resulta interesante destacar del estudio en cuestión que el deber de consideración de las observaciones no se satisface con una mera transcripción de las opiniones ni con una respuesta formal de ellas. Igualmente, las respuestas no se pueden limitar a transcribir las observaciones o comentarios del titular u organismos sectoriales.⁴⁴ Por el contrario, como releva el texto, esa magistratura entiende que la debida consideración importa incorporar al proceso de evaluación, con la mayor antelación posible, las observaciones antes de dar una respuesta.⁴⁵

En otro orden de consideraciones, el Tribunal ha entendido que una observación ha sido suficientemente considerada si la RCA se hace cargo del impacto ambiental invocado por los participantes, cuando al efecto indicó: *“Que, a juicio del Tribunal, la observación fue debidamente considerada, toda vez que la autoridad fundamenta su respuesta, explicando que fue el organismo competente en la materia el que avaló la calificación [...] y que, adicionalmente a ello, el Comité de Ministros, en la resolución impugnada en autos, estableció medidas que se hacen cargo del impacto al valor turístico de la zona”*.⁴⁶ En análogo sentido, la Corte Suprema entiende que ese estándar no se satisface si la autoridad no se ha hecho cargo del impacto planteado por la ciudadanía. Sobre este aspecto, el máximo tribunal sostuvo: *“Las circunstancias antedichas conducen a esta Corte a concluir que las observaciones formuladas [...] no han sido debidamente consideradas en la evaluación ambiental del proyecto en comento, por cuanto se ha dejado fuera de todo análisis*

⁴⁴ MORAGA, P., ob. cit. (n. 32), p. 194.

⁴⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-35-2014 (acumulada rol R-37-2014 y R-60-2015), 18 de febrero de 2016.

⁴⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-93-2016, 27 de febrero de 2017, c. trigésimo séptimo.

una materia relevante relacionada con la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, la cual fue planteada de manera oportuna y debe, por tanto, ser respondida, haciéndose cargo la autoridad de todas y cada una de sus particulares alegaciones, de manera clara y completa".⁴⁷ A continuación, concluyó que "[...] toda evaluación ambiental debe abarcar, de manera cabal, no sólo los impactos que sean declarados por el titular, sino también todas aquellas circunstancias que sean conocidas por la autoridad y que puedan tener incidencia en los mayores o menores efectos de un proyecto sobre el medio ambiente".⁴⁸

Finalmente, dado que la debida consideración de las observaciones forma parte de los fundamentos de la resolución,⁴⁹ el Tribunal ha sentenciado que cuando ella no ha tenido lugar se está ante un vicio asociado a la insuficiente motivación de la RCA,⁵⁰ defecto que puede comprometer la validez del acto terminal. Esta solución que hoy parece indiscutida, no lo fue antes de la citada reforma legal, puesto que, a partir de la regulación reglamentaria, la doctrina mayoritaria entendía que el efecto de una indebida ponderación de las observaciones era simplemente el deber de corregir el acto terminal, sin afectar su validez.⁵¹

3. DERECHO A LA IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL CUANDO SE CONCLUCAN LAS GARANTÍAS ANTERIORES

Un régimen participativo solo está completo si el orden jurídico consulta mecanismos para reaccionar cuando no se permite el ac-

⁴⁷ CORTE SUPREMA. Rol N° 29.065-2019, 21 de julio de 2021, c. noveno (sentencia de reemplazo).

⁴⁸ *Ibid.*, considerando décimo.

⁴⁹ BERMÚDEZ, J. *Fundamentos de...*, ob. cit. (n. 29), p. 271.

⁵⁰ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-35-2014 (acumulada rol R-37-2014 y R-60-2015), 18 de febrero de 2016, c. sexagésimo octavo y centésimo séptimo.

⁵¹ MIROSEVIC, C., *Mecanismos de...*, ob. cit. (n. 7), pp. 264-265.

ceso oportuno a la información ambiental, cuando no se admite la participación de la ciudadanía o cuando sus observaciones no han sido debidamente consideradas por la Administración.

Dos premisas deben guiar ese derecho a reaccionar contra el acto que se estima antijurídico. Por una parte, como indica Cordero Vega, debe afirmarse que todas las determinaciones que adopte un órgano de la Administración son revisables en sede judicial y en todos sus aspectos (control de la competencia, de la investidura regular, del cumplimiento de las formas procedimentales, fundamentos de los hechos invocados, su calificación y apreciación, la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida, etc.).⁵² Naturalmente, este aserto de la completitud de la revisión judicial sobre los actos de la Administración solo tendrá validez en la medida que la materia específica se encuentre dentro de la esfera de competencias de los Tribunales Ambientales. Cuando se está en presencia de dos o más interpretaciones igualmente plausibles en caso de duda acerca de la impugnabilidad de un acto, trámite o terminal, debe optarse por aquélla que favorezca la procedencia de la acción de reclamación.

Por otra parte, ha de efectuarse una lectura amplia de las normas que disciplinan las acciones de impugnación, de modo que se favorezca el acceso a la jurisdicción ambiental, superando interpretaciones literales que dejen en la indefensión a los particulares o que restrinjan injustificadamente el derecho a requerir la revisión judicial. Ello es particularmente gravitante ante las deficiencias en el diseño normativo de nuestro modelo de control, ya sean consecuencia de una precaria técnica legislativa o de una decisión consciente de limitar el acceso a la justicia ambiental de determinados actores. Al respecto, conviene traer a colación las palabras de Luis Guilherme: *“Si la técnica procesal es imprescindible para la efectividad de la tutela de los derechos, no se puede suponer que, ante una omisión del legis-*

⁵² CORDERO, L., *El control de la Administración del Estado*, Santiago: Legal Publishing, 2009, p. 40. Aunque de ello no se deriva necesariamente la correlativa facultad del tribunal de sustituir a la Administración en todos los elementos de la decisión.

lador, el juez nada puede hacer. Esto por una razón simple: el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional no se vuelve sólo contra el legislador, sino también se dirige contra el Estado-Juez. Por ello, es absurdo pensar que el juez deja de tener el deber de tutelar de forma efectiva los derechos solamente porque el legislador dejó de establecer una norma procesal más explícita".⁵³ Entonces, concluye el mismo autor, "[...] hay que entender que el ciudadano no tiene un simple derecho a la técnica procesal evidenciada en la ley, sino un derecho a un determinado comportamiento judicial que sea capaz de conformar una regla procesal acorde con las necesidades del derecho material y con los casos concretos [...] este deber da lugar a pensar el procedimiento de conformidad con las necesidades del derecho material y de la realidad social".⁵⁴ En consecuencia, de nuevo situados frente a dos o más soluciones plausibles, los esfuerzos interpretativos deben encaminarse a admitir la procedencia de la acción de impugnación ante los Tribunales Ambientales, considerando la intención del legislador de radicar los conflictos ambientales en un tribunal jurídico y científico de naturaleza especializada. Entonces, la unicidad del contencioso administrativo ambiental y la necesidad de resguardar la igualdad de los intervinientes deben servir de guía a la interpretación sobre este aspecto.

En mi concepto, esas dos premisas aparecen reflejadas en la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental y de sus homólogos, como se advierte a propósito de decidir la admisión de reclamaciones en el procedimiento de revisión excepcional de la RCA o en el procedimiento invalidatorio. En ellos, la judicatura ha asumido un criterio amplio que permite la impugnación del acto que desestima o declara inadmisibles las respectivas solicitudes.⁵⁵ Este mismo criterio ha

⁵³ .GUILHERME, L., *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, Lima: Palestra, 2007, p. 280.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 281.

⁵⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-35-2014 (acumulada rol R-37-2014 y R-60-2015), 18 de febrero de 2016. El mismo Tribunal ha señalado: "Una interpretación extensiva permitirá reclamar administrativamente y, por

estado presente cuando esa magistratura ha interpretado el perjuicio para efectos de determinar la legitimación activa, empleando una noción amplia no limitada al detrimento patrimonial propio de la óptica civilista.⁵⁶ De forma explícita, esa judicatura ha admitido una concepción amplia de los supuestos legitimadores, como la teoría del círculo de intereses y el entorno adyacente, aseverando que “*Resulta esencial en la labor jurisdiccional el considerar supuestos de legitimación activa que permitan a las personas susceptibles de ser afectados por una decisión de la autoridad ambiental recurrir en su contra y requerir la revisión administrativa y judicial de ésta*”.⁵⁷ Para la construcción de los contornos de la legitimación procesal, la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental ha reconocido la aplicación de las categorías de interesados reguladas en el art. 21 de la Ley N° 19.880, condición que “[...] *emana de la potencialidad de afectación a su sistema de vida y costumbres como vecinos [...] y del disfrute del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el que eventualmente puede resultar afectado por el acto cuya invalidación fue solicitada*”,⁵⁸

consiguiente, ante los Tribunales Ambientales, no solo aquella resolución que ordena revisar y modificar la correspondiente RCA, sino también aquella que rechaza una solicitud de revisión o declara inadmisibles dichas peticiones. En este último caso, máxime si eventualmente la autoridad excede el alcance del control de admisibilidad y extiende su análisis a circunstancias, hechos o requisitos que se encuentran directa o indirectamente relacionados con el fondo del asunto y que requieren, por esa razón, la apertura de un procedimiento de revisión” (Segundo Tribunal Ambiental, rol R-125-2016, 11 de febrero de 2019, c. décimo). En materia de invalidación, esa judicatura ha sostenido la amplia procedencia de la reclamación del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600 respecto “del acto que resuelve el procedimiento de invalidación, sea que declare inadmisibles una solicitud, rechace o acoja la invalidación” (Segundo Tribunal Ambiental, rol R-169-2017, 14 de junio de 2019, c. quinto).

⁵⁶ Segundo Tribunal Ambiental, rol R-22-2014, 16 de diciembre de 2014, c. decimocuarto.

⁵⁷ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-143-2017, 10 de diciembre de 2018, c. trigésimo cuarto.

⁵⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-169-2017, 14 de junio de 2019, c. vigésimo segundo.

afirmando que “[...] *la calidad de vecino del sector donde se emplaza el proyecto ha sido considerado un criterio válido para recurrir en calidad de ‘directamente afectado’, por ejemplo, ante los Tribunales Ambientales*”.⁵⁹

Con todo, la perspectiva *pro actione* no debe conducir a interpretaciones que desnaturalicen el sistema, sino que ha de operar cuando el entendimiento contrario de un precepto coloque a un sujeto en una situación material de indefensión o produzca una desigualdad injustificada. Así, y aunque la Corte Suprema ha mantenido una posición diversa, estimo acertado el criterio del Tribunal de no admitir la comparecencia de las municipalidades, gobiernos regionales y consejos regionales,⁶⁰ por no tratarse de ciudadanos que puedan realizar observaciones y luego ejercer el derecho a reclamar, o por no verificarse en ellos la condición de interesados en el procedimiento invalidatorio.⁶¹

Por su parte, la Corte Suprema ha seguido el mismo criterio que favorece la revisión judicial, cuando revisando la sentencia del Tercer

⁵⁹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-125-2016, 11 de febrero de 2019, c. trigésimo tercero.

⁶⁰ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-107-2016, 24 de enero de 2018, c. decimocuarto a decimosexto, en que concluyó respecto de los municipios: “(...) *es claro que las municipalidades desempeñan un papel previamente determinado por la ley dentro de la evaluación de impacto ambiental de proyectos y actividades (...), ejerciendo un rol colaborador de los organismos técnicos especializados*” (c. decimocuarto), para concluir en el considerando siguiente que “*Las municipalidades no pueden ser consideradas ‘interesadas’ en los términos de la Ley N° 19.880, atendido el rol que ejercen dentro del SEIA*” (c. decimoquinto). Un criterio similar mantuvo en las causas roles R-148-2017, R-114-2016 y R-124-2016.

⁶¹ Dado que estimo incorrecto que una municipalidad reciba donaciones y apoye a empresas que se encuentran evaluando sus proyectos en el SEIA –afectando a las ya tensionadas comunidades que muchas veces están divididas a favor y en contra de la iniciativa–, tampoco me parece razonable que el mismo órgano público pueda colocarse al otro lado de la vereda y ejercer los derechos que están consagrados para los ciudadanos, desnaturalizando el sistema y mermando su imparcialidad. Si bien es cierto que las municipalidades tienen actualmente un rol poco gravitante durante la evaluación, ello no se soluciona otorgándoles legitimación para participar y luego impugnar el acto en el que previamente intervinieron como órgano de la Administración.

Tribunal Ambiental en el caso “Central Hidroeléctrica doña Alicia” señaló: *“Que cabe, de partida, considerar que no procede interpretar las normas atinentes a la cuestión en debate de tal modo restrictivo que signifique no sólo soslayar el principio básico de tutela judicial efectiva, sino que además el sentido general de la garantía consagrada por la Constitución Política de la República al establecer en el artículo 38 inciso segundo [...] La creación de los Tribunales Ambientales ha sido la respuesta concreta a la garantía de tutela judicial efectiva en materia ambiental, postulado que inclina al intérprete al reconocimiento del derecho a la acción también en esta rama del ordenamiento jurídico”*.⁶²

La completitud del mecanismo participativo en el SEIA debiese considerar la posibilidad de requerir el control administrativo y judicial respecto del derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a formular observaciones y el derecho a que sean debidamente consideradas. Sobre la primera de dichas garantías y dado que el legislador sujetó el acceso a la información ambiental al régimen general de la Ley N° 20.285, la impugnación se estructura sobre una fase administrativa, ante el Consejo para la Transparencia, y luego sobre una judicial, a través del reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones.

Respecto del derecho a formular observaciones, sin embargo, el sistema no reconoce un mecanismo completo y eficaz para hacer frente a los, al menos, dos supuestos en que esta garantía puede ser desconocida: la decisión de no aperturar una fase participativa durante la evaluación de una DIA y la no reapertura del periodo frente a modificaciones sustanciales a un proyecto. En ambas hipótesis, dado que la regulación configura la reclamación frente a una indebida consideración de las observaciones, el legislador parte de la asunción de que esa participación va a tener lugar, sin haber establecido un mecanismo explícito de impugnación cuando ello no suceda.

La inexistencia de un remedio específico para reaccionar contra la no apertura de una fase participativa en la evaluación de una DIA constituye, como observa Silva, una grave vulneración al principio

⁶² CORTE SUPREMA. Rol N° 3971-2017, 28 de junio de 2018, c. octavo.

de tutela judicial efectiva.⁶³ Si bien al tratarse de un acto trámite que puede generar indefensión, resulta impugnabile mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, la ausencia de una acción de reclamación ante el Tribunal Ambiental genera la paradoja de que la incorrecta consideración de las observaciones en la evaluación de una DIA puede ser revisada por esa judicatura, pero la inexistencia del espacio para formularlas no. En los hechos, esa deficiencia legislativa ha sido parcialmente suplida, admitiendo el derecho de los ciudadanos en quienes se presenta la condición de interesados de solicitar la invalidación de la RCA y luego de ejercer la acción de reclamación del art. 17 N° 8 de la Ley N° 20.600. Esa solución ha sido admitida por la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental,⁶⁴ aunque la materia sigue estando irresoluta. Del mismo modo, la Corte Suprema ha aceptado la procedencia del recurso de protección para revisar la decisión de no disponerse de una fase participativa en la evaluación de una DIA, concluyendo que la RCA en que se incurre en dicha omisión “[...] *incumple la obligación de fundamentación de los actos administrativos, porque no es fruto de un claro proceso de participación ciudadana en el que se haya tenido en cuenta y se haga cargo de las observaciones al proyecto planteadas por los recurrentes*”.⁶⁵

En un sentido similar, la segunda hipótesis, esto es, cuando no se ordena la reapertura de la fase participativa frente a modificaciones sustanciales al proyecto, ha sido encausada a través del recurso administrativo especial previsto en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 —es decir, cuando las observaciones formuladas no fueron debidamente consideradas— y luego mediante la acción de reclamación del numeral 6° del artículo 17 de la Ley N° 20.600.

⁶³ SILVA, Y., *Recursos administrativos en el SEIA*, Santiago: Rubicón, 2019, p. 49.

⁶⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-96-2016, 25 de abril de 2016, c. decimoséptimo.

⁶⁵ CORTE SUPREMA. Rol N° 55.203-2016, 16 de marzo de 2017, c. décimo sexto.

Finalmente, la indebida consideración de las observaciones a lo largo del proceso de evaluación y su inclusión en la motivación del acto terminal es impugnabile mediante un recurso administrativo especial y, posteriormente, a través de la acción de reclamación. Como es sabido, el acceso a la judicatura ambiental requiere el agotamiento previo de la vía administrativa, lo que ha sido entendido como un presupuesto de procesabilidad por el Segundo Tribunal Ambiental.⁶⁶ Producto de lo anterior, esa magistratura ha sostenido que “[...] *el verdadero acceso a la justicia ambiental comienza en sede administrativa. Para estos efectos, la Administración del Estado debe propender los medios idóneos para su consecución*”.⁶⁷ Como explica el estudio que se viene comentando, de esa relación entre la impugnación administrativa y judicial surge el principio de congruencia, que obliga a centrar la revisión judicial únicamente en las observaciones formuladas durante la fase participativa de una evaluación e impugnadas en sede administrativa, y respecto de las personas u organizaciones que las efectuaron.⁶⁸ Con todo, el Tribunal se ha encargado de precisar que la inclusión de nuevas argumentaciones que sirven para justificar la misma pretensión no importa una desviación procesal que vulnere el anotado principio.⁶⁹

IV. POSICIÓN DE LOS TERCEROS INTERESADOS EN EL SEIA

El último tema al que deseo dedicar algunas líneas es al reconocimiento de la condición de interesado en el procedimiento de evaluación de

⁶⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-164-2017, 1 de agosto de 2019, c. quinto.

⁶⁷ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-125-2016, 11 de febrero de 2019, c. trigésimo.

⁶⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-86-2015, 27 de octubre de 2016, c. duodécimo.

⁶⁹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-131-2016, 28 de abril de 2017, c. decimosexto.

impacto ambiental, como un interviniente distinto del proponente y que puede o no coincidir con la del sujeto que formula observaciones en el periodo de participación ciudadana. El supuesto fáctico del asunto es la presencia de personas que, por su proximidad con el objeto del procedimiento administrativo –en este caso, su cercanía con el área donde se emplazará el proyecto en evaluación–, se encuentran en las hipótesis de los numerales 2 y 3 del art. 21 de la Ley N° 19.880. Entonces, estos sujetos que no habiendo iniciado el procedimiento tienen derechos o intereses que pueden resultar alcanzados por la RCA merecen un tratamiento especial, diverso del régimen de participación ciudadana que está dispuesto para cualquier persona, tenga o no cercanía con el *área de influencia del proyecto*.

En su momento, y a partir de algunas disposiciones legales y reglamentarias, planteé la aplicación del estatuto del interesado contenido en la Ley N° 19.880 a estos “vecinos” del proyecto, por no existir disposiciones especiales en la Ley N° 19.300 sobre el particular, y por ser aquella regulación compatible con la naturaleza del SEIA. Entre otros aspectos, expuse que los interesados se encuentran habilitados para formular sus alegaciones en cualquier momento del procedimiento, se haya o no dispuesto una fase participativa, y en el evento que ella hubiera tenido lugar, la no participación en esta no les debiese impedir formular tales alegaciones (puesto que se trata de una facultad que integra el derecho a audiencia que se ejerce por tener la condición de interesados y es independiente del derecho a formular observaciones que se reconoce a toda persona).⁷⁰ Asimismo, expuse que, por aplicación del citado cuerpo legal, la Administración se encuentra también obligada a considerar y resolver dichas alegaciones en el acto terminal⁷¹ y que su omisión conlleva un vicio en la motivación y contenido del acto, así como una infracción a los principios de inexcusabilidad, conclusivo y de contradictoriedad.⁷² Dicho de otra manera, el interesado cuenta con facultades de acce-

⁷⁰ MIROSEVIC, C., *Mecanismos de...*, ob. cit. (n. 7), p. 260.

⁷¹ De acuerdo al art. 17 letra f) y art. 41, ambos de la Ley N° 19.880.

⁷² MIROSEVIC, C., *Mecanismos de...*, ob. cit. (n. 7), pp. 266-267.

der al expediente, formular alegaciones y que estas sean tenidas en cuenta por la Administración.

Aunque la tesis no ha sido recepcionada, la creación de los Tribunales Ambientales y el paso del tiempo han ido develando las grietas de un diseño normativo que, siendo optimista, ofrece el mismo tratamiento al directamente afectado por un proyecto que al ciudadano que, estando al otro extremo del país, decide formular observaciones. Siendo pesimista puede afirmarse, en tanto, que el vecino del proyecto se encuentra en una situación de completa desprotección en su condición de interesado, puesto que los medios de reacción están previstos para el titular del proyecto y para quienes formularon observaciones cuando existió una fase participativa, generándose una desigualdad que carece de justificación. Lo anterior por cuanto la Ley N° 19.300 no les reconoce ningún mecanismo para impugnar la resolución de calificación ambiental, a pesar del evidente perjuicio que puede derivarse de ella a sus derechos o intereses. Como indica Urrutia, precisamente el SEIA ha configurado históricamente la mayor parte de los litigios en donde existe o puede existir un interés más allá de aquel que concierne solo a las partes tradicionalmente consideradas (la Administración y el proponente).⁷³

El curso natural para enfrentar esta deficiencia legislativa era haber mantenido el recurso de protección como el único instrumento para canalizar los conflictos ambientales respecto de estos terceros interesados,⁷⁴ afectando la pretensión de unicidad del contencioso

⁷³ URRUTIA, O., El *amicus curiae* en la Ley N° 20.600: un instrumento para potenciar la participación ciudadana y la protección del interés público ambiental, en PINILLA, F., BERMÚDEZ J., FERRADA, J., *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2015, p. 196.

⁷⁴ A pesar de que en un inicio se desestimaron recursos de protección por la existencia de una vía especial de impugnación, ello resultaba incorrecto precisamente cuando se estaba frente a interesados que buscaban cuestionar la legalidad de una RCA y que no formularon observaciones. Al poco andar esta situación fue corregida por la Corte Suprema, manteniendo actualmente la dualidad de sedes de impugnación respecto del mismo acto administrativo, según el tipo de sujeto reclamante. Sobre el particular, el máximo Tribunal sostuvo: “*Que el deber*

ambiental, cuestión que no tiene ningún sentido considerando la integración mixta y la especialización de los integrantes de los Tribunales Ambientales versus la integración de las Cortes de Apelaciones. Sin embargo, afortunadamente los Tribunales Ambientales han mantenido un criterio *pro actione* que ha favorecido el acceso a la justicia ambiental respecto de estos interesados a través de la reclamación en el contexto de la invalidación de un acto administrativo ambiental, prevista en el numeral octavo del art. 17 de la Ley N° 20.600. Esta postura, que estimo del todo acertada, ha abierto otras dificultades⁷⁵ que han intentado soslayarse por la vía interpretativa, como ha sucedido con la tesis de la invalidación impropia postulada por el entonces Ministro de la Corte Suprema don Pedro Pierry Arrau.

Para corregir algunos de esos problemas, la Corte Suprema ha ratificado el criterio mantenido por los Tribunales Ambientales del

de inexcusabilidad de los tribunales, reiterado expresamente en el artículo 20 de la Carta Política, al disponer que la acción constitucional de Protección es compatible con el ejercicio de otros derechos y por las vías pertinentes, impone a la jurisdicción emitir decisión respecto del recurso planteado, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico ninguna materia está exenta de acción ante los tribunales ordinarios o especiales... , las normas constitucionales hacen procedente la acción de protección para toda afectación a las garantías fundamentales que requieran de un pronunciamiento rápido para que no se mantenga el actuar ilegítimo, a lo cual, en el caso de autos se une el hecho que la materia medioambiental ha sido reconocida en su importancia fundamental para la humanidad en el ámbito nacional e internacional, que se rige por los principios preventivos y precautorio, que impone la protección ante la posibilidad que se produzca la afectación ilegítima y precisamente para que el daño no llegue a concretarse”. Corte Suprema, rol N° 55.203-2016, 16 de marzo de 2017, c. décimo octavo.

⁷⁵ A propósito de la acción de reclamación en materia de invalidación, Bermúdez señala: “*Al establecerse esta acción, la LTTAA, de paso, da un carácter de vía administrativa de impugnación a la invalidación, ya que obliga al actor a solicitar la invalidación del acto administrativo de carácter ambiental para luego poder acceder a la revisión de la resolución del procedimiento administrativo de invalidación en sede judicial... ello trae un problema de falta de certeza en la estabilidad del acto administrativo de carácter ambiental para aquel que esté disfrutando de sus efectos, en caso de que ellos le sean favorables*”. BERMÚDEZ, J. La legitimación activa en el contencioso ambiental, en PINILLA, F., BERMÚDEZ, J., FERRADA, J., *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2015, p. 175.

denominado orden consecutivo legal en materia de impugnación, el que busca separar con claridad qué acciones pueden ser ejercidas por los distintos sujetos respecto de una RCA. Sobre el particular, el máximo tribunal sostuvo: *“Que, en relación a lo anterior, debe recordarse el principio de prevalencia del sistema recursivo especial del SEIA por sobre el reclamo del artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600, en términos que tanto el titular del proyecto y los terceros que participan en el proceso de participación ciudadana, sólo pueden ejercer los reclamos administrativos que contemplan los mencionados artículos 20 y 29 de la Ley N° 19.300, contra cuya resolución podrán recurrir ante el Tribunal Ambiental en los términos del artículo 17 N° s 5 y 6 de la Ley N° 20.600, lo que constituye un orden consecutivo legal en materia recursiva del SEIA. Esto es, tales legitimados activos no están habilitados para solicitar la invalidación de una RCA de acuerdo artículo 53 de la Ley N° 19.880, sino que deben ceñirse a aquel orden consecutivo legal. Sin embargo, los terceros que no participaron en dicho proceso, resultan ser los únicos habilitados para solicitar la invalidación de la RCA y, contra de la resolución que la rechace, son también los únicos sujetos activos para interponer el reclamo a que se refiere el mencionado artículo 17 N° 8 de la Ley N° 20.600”*.⁷⁶ Del mismo modo, el tribunal de casación estableció: *“En consecuencia, se vislumbran dos tipos de procedimientos para la impugnación de una misma RCA, uno que es el aplicable al titular del proyecto y a los terceros que participaron en proceso de consulta, que requiere el agotamiento previo de la vía administrativa para poder reclamar ante el Tribunal Ambiental, y otro aplicable a los terceros que no participaron en el proceso de consulta, que también requiere el agotamiento de la vía administrativa para reclamar ante el Tribunal Ambiental, en caso que se rechace su solicitud de invalidación de la RCA”*.⁷⁷ Finalmente, para efectos de mantener la unidad del sistema de reclamaciones contra la RCA contemplado en la Ley N° 20.600, la Corte Suprema concluyó: *“Que, por lo anterior, la unidad del sistema recursivo de reclamaciones*

⁷⁶ CORTE SUPREMA. Rol N° 43.698-2020, 28 de julio de 2021, c. séptimo (sentencia de reemplazo).

⁷⁷ *Ibid.*

*que incidan en una RCA, debe entenderse como un principio que alcanza a todos los que incidan en dicho acto administrativo; de modo que si una RCA es o puede ser objeto de diversos medios de impugnación y cada resolución administrativa que los resuelva es o puede ser materia de otros tantos reclamos para ser conocidos y resueltos en sede jurisdiccional, el pronunciamiento final debe emitirse en forma simultánea o paralela, y no por parcialidades o en diversas épocas”.*⁷⁸

A pesar de estos valorables esfuerzos sostenidos por los Tribunales Ambientales y la Corte Suprema para efectos de aminorar las deficiencias del sistema, se mantiene la diferencia en los medios de reacción entre los intervinientes, afectándose la igualdad de armas y forzando a los interesados ya sea a intentar la invalidación del acto terminal –con significativos problemas para la certeza jurídica, dado los plazos de ejercicio de esa potestad– o a judicializar el conflicto ante los tribunales ordinarios a través del recurso de protección.

Diversos pronunciamientos del Segundo Tribunal Ambiental, algunos de los cuales han sido destacados en el estudio, implican un reconocimiento implícito de la condición de interesado en el SEIA, lo que aparece reforzado por algunas disposiciones legales y reglamentarias. Particularmente, esa magistratura ha hecho expresa alusión a dicha calidad en el procedimiento invalidatorio, lo que importaría reconocer, entonces, que si un sujeto es interesado en ese procedimiento de revisión, lo es también en el procedimiento de origen que da nacimiento al acto impugnado. Entre diversos pronunciamientos, el Tribunal ha sostenido que “[...] *el solicitante de invalidación debe fundamentar su calidad de interesado de conformidad al artículo 21 de la Ley N° 19.880*”⁷⁹ y que “[...] *el Tribunal reconoce la calidad de interesados de los solicitantes de invalidación, a lo menos en sede de admisibilidad, la que emana de la potencialidad de afectación a su sistema de vida y costumbres*”.⁸⁰

⁷⁸ *Ibid.*, c. décimo.

⁷⁹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-169-2017, 14 de junio de 2019, c. decimocuarto.

⁸⁰ *Ibid.*, c. vigésimo segundo.

Otro tanto ha sucedido respecto del procedimiento de revisión excepcional de una RCA producto de la variación sustantiva de las variables evaluadas. En este ámbito, el legislador de la Ley N° 19.300 menciona expresamente al “*directamente afectado*” como un sujeto diverso del titular, habilitándolo para solicitar la revisión del acto administrativo. Por las mismas razones lógicas, si la persona es interesada para efectos de la revisión de la RCA, producto de que el proyecto le provoca una afectación a su esfera jurídica, debe serlo también en el procedimiento en el cual surgió dicho acto. En este sentido, el Segundo Tribunal Ambiental ha reconocido que el vecino del sector donde se emplaza un proyecto puede ser considerado “*directamente afectado*”.⁸¹

En este estado del arte, en que se reconoce implícitamente la presencia de interesados distintos del titular –a quienes se niegan las facultades de intervención en el procedimiento y el derecho a impugnar el acto terminal mediante una acción de reclamación específica– y cuya posibilidad de acceder al Tribunal Ambiental se encausa a través de la solicitud de invalidación, se hace urgente una reforma legal. Deseable sería que, luego de reconocer la antedicha calidad a los potencialmente afectados por un proyecto, el esfuerzo legislativo se centrara en unificar los medios de impugnación –en términos de recursos y plazos– para los distintos intervinientes. Solo así se podrá garantizar un equitativo acceso a la justicia ambiental y superar las deficiencias derivadas de mantener dos jurisdicciones competentes para juzgar la validez de un mismo acto y aquellas provocadas al acudir a la invalidación como vía de acceso a los Tribunales Ambientales.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La sistematización de criterios que efectúa la publicación que a lo largo de estas páginas se analizó, da cuenta de la madurez que

⁸¹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-125-2016, 11 de febrero de 2019, c. trigésimo tercero.

ha alcanzado la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental, exhibiendo una sólida base teórica sobre las distintas dimensiones de la participación ciudadana en la evaluación ambiental de proyectos. Junto con la solvencia de sus decisiones, el estudio y espero también este comentario, han demostrado una coherencia en las determinaciones de esa magistratura a lo largo del tiempo, cuestión fundamental para asegurar la igualdad ante la ley y para permitir el efecto modelador de conductas que producen las decisiones de los tribunales, pese al siempre cómodo *efecto relativo de las sentencias*. A pesar de no compartir plenamente algunos de los criterios del Tribunal, en la jurisprudencia revisada se evidencia un avanzado dominio del aparato conceptual propio del Derecho administrativo, disciplina esencial en el juzgamiento de materias en el ámbito medioambiental. El acercamiento de esas bases conceptuales y de los criterios que han servido al Segundo Tribunal Ambiental con sede en Santiago para resolver los conflictos ambientales, es un propósito bien logrado en el documento que se me encargó comentar.

Queda a los poderes colegisladores colmar los vacíos que deja el ordenamiento jurídico ambiental, con la finalidad de encausar adecuadamente la participación ciudadana y asegurar que la intervención de los distintos intervinientes en el procedimiento se desarrolle efectivamente en un plano de igualdad. En tanto ello no suceda, pesa sobre la judicatura ambiental y los Tribunales Superiores de justicia la labor de interpretar las reglas de un modo que favorezca el acceso a la justicia, respetando naturalmente los límites impuestos por el legislador y la potestad reglamentaria y siendo conscientes de ese efecto modelador de conductas que genera la jurisprudencia.

Por último, no puedo dejar de felicitar la decisión y el esfuerzo de los ministros del Segundo Tribunal Ambiental y del equipo de profesionales detrás de la preparación del comentado estudio, y me permito instar a que, idealmente, una tercera iniciativa comprenda a los otros dos Tribunales Ambientales para presentar el panorama general del contencioso administrativo ambiental en nuestro país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRREZABAL, M.: “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2006, vol. 33, N° 1.
- AGUIRREZABAL, M. y ROMERO, A.: “El control de oficio de la competencia absoluta en relación a las acciones de protección de los intereses difusos y colectivos de los consumidores”, en *Sentencias Destacadas 2009*, Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo, 2010.
- BERMÚDEZ, J.: *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Valparaíso: Ed. Universitarias de Valparaíso, 2017.
- “La legitimación activa en el contencioso ambiental”, en PINILLA, F., BERMÚDEZ, J., FERRADA, J.: *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2015.
- CASSESE, S.: *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- CIERCO, C.: *La Participación de los Interesados en el Procedimiento Administrativo*, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2002.
- CORDERO, L.: *El control de la Administración del Estado*, Santiago: Legal Publishing, 2009.
- COSTA, E.: *Participación ciudadana. Conceptos generales, deliberación y medio ambiente*, Santiago: DER Ediciones, 2020.
- DE LA FUENTE, O.: *Control judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - Abeledo Perrot, 2012.
- DRAGOS, D.: “Administrative Procedure”, en FARAZMAND, A. (ed.): *A Global encyclopedia of public administration, public policy, and governance*, Cham: Springer International Publishing, 2016.
- ESTEVE, J.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 6ª edición, Madrid: Marcial Pons, 2016.
- FERNÁNDEZ, A.: “Metodologías activas para la formación de competencias”, en *Educatio Siglo XXI*, 2006, vol. 24.
- FONTANA, D.: “Reforming the Administrative Procedure Act: Democracy Index Rulemaking”, en *Fordham Law Review*. 2005, vol. 74.
- FRACCHIA, F.: “Administrative Procedures and Democracy: The Italian Experience”, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2005, vol. 12, Issue 2.
- FREEDMAN, J.: *Crisis y legitimidad. El proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

- GUILHERME, L.: *Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, Lima: Palestra, 2007.
- HERVÉ D.: “El desarrollo sostenible y la justicia ambiental en la Ley N° 19.300 y en el proyecto de reforma a la institucionalidad ambiental”, en HERVÉ, D., GUILOFF, M. y PÉREZ, R. (eds.), *Reforma a la institucionalidad ambiental. Antecedentes y fundamentos*, Santiago: Ed. Universidad Diego Portales, 2010.
- “Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la Evaluación Ambiental Estratégica”, en *Revista de Derecho*, 2010, vol. XXIII, N° 1.
- INFANTE, P.: “(In)justicia ambiental en Chile y principales mecanismos para mitigar la inequidad: planificación territorial y derechos de comunidades vulnerables”, en *Revista de Derecho Ambiental*, 2016, Año IV, N° 6.
- LARA, M. y LETELIER, D.: “Mecanismos de participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno”, en *Revista de Gestión Pública*, 2017, vol. VI, N° 2.
- MIROSEVIC, C.: “La participación ciudadana en el SEIA y las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.417”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, N° XXXVI.
- *Mecanismos de participación ciudadana en el ordenamiento jurídico*, Santiago: Editorial Librotecnia, 2013.
- MORAGA, P.: “La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental chileno”, en *Revista Derecho del Estado*, 2017, N° 38.
- RIESTRA, S.: “La relación entre el recurso administrativo y la reclamación judicial de los actos dictados en el procedimiento de evaluación ambiental”, en PINILLA, F., BERMÚDEZ, J., FERRADA, J.: *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2015.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: *Derecho ambiental. Estudios desde la jurisprudencia del Tribunal Ambiental de Santiago*, Santiago: Editorial Libromar, 2021.
- SILVA, Y.: *Recursos administrativos en el SEIA*, Santiago: Rubicón, 2019.
- TISNÉ, J.: “Los intereses comprometidos en el daño ambiental. Comentario al nuevo procedimiento por daño ambiental de la Ley N° 20.600”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2014, Año 21, N° 1.
- UGARIČ, B.: “Openness and transparency in public administration: challenges for public law”, en *Wisconsin International Law Journal*, 2004, vol. 22, N° 3.

URRUTIA, O.: “El *amicus curiae* en la Ley N° 20.600: un instrumento para potenciar la participación ciudadana y la protección del interés público ambiental”, en PINILLA, F., BERMÚDEZ, J., FERRADA, J.: *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2015.

APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA

I. LA DETERMINACIÓN DE SANCIONES EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA AMBIENTAL

Tal como quedó consignado en la historia de la Ley N° 20.417, fue la preocupación por la extensión del ejercicio de la potestad sancionatoria concedida a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”), así como sus amplias atribuciones de fiscalización de la normativa ambiental, lo que constituyó el antecedente material para la creación de una judicatura especializada que cumpliera un rol de control de esta Superintendencia.¹ Su Ley orgánica (en adelante “LOSMA”), contenida en el artículo Segundo de la Ley N° 20.417 recogería esta potestad sancionatoria al prescribir en su artículo 3° letra o) que este servicio tiene como una de sus competencias la imposición de sanciones de conformidad a lo prescrito en ese cuerpo normativo. En tanto, años más tarde, la Ley N° 20.600 que crea a los Tribunales Ambientales, recogió dentro de sus competencias el conocer de las reclamaciones deducidas contra los actos dictados por la SMA.

¹ Cfr. MÉNDEZ, PABLO, “La precariedad del contencioso ambiental”, *Revista Ius et Praxis*, año 24, núm. 3, 2018, p. 531, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00525.pdf> [consulta: 14/04/2021].

Este esquema de competencias sancionatorias y control judicial se ha traducido en un nutrido diálogo jurisdiccional entre la SMA y los Tribunales Ambientales, el cual se refleja en las decisiones abordadas en el presente capítulo. Esta jurisprudencia abarca una amplia gama de tópicos que comprenden tanto aspectos adjetivos como sustantivos de dicha potestad y, dentro de estos últimos, se destaca la verificación del cumplimiento de los estándares legales para su recto ejercicio.

En este sentido, la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental se ha pronunciado numerosas veces respecto de la correcta aplicación de las normas contenidas en el Título III de la LOSMA, denominado “De las Infracciones y Sanciones”, en este título se contienen los artículos 36, 38 y 39 que se refieren, respectivamente, a la clasificación de las sanciones susceptibles de imponerse, a los tipos de sanciones concretas y sus rangos. Sin profundizar en el contenido de cada disposición, la aplicación de estas normas se concatena para arribar a la aplicación de una sanción específica para cada caso.²

Además de las normas enunciadas en el párrafo precedente la SMA deberá ponderar, en cada caso, las circunstancias que se enumeran en el artículo 40 de la LOSMA. La doctrina nacional sostiene que estas circunstancias “[...] *constituyen criterios jurídicos de observancia obligatoria para la SMA al momento de llevar a cabo la graduación y cuantificación de la sanción aplicable*”.³ Por su parte, el Segundo Tribunal Ambiental, refiriéndose derechamente a la naturaleza jurídica de los criterios contemplados en este artículo, resolvió en el caso “Explotación Mina Salamanqueja y Planta de cátodos Pampa Camarones”, rol R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-

² Cfr. TEJADA, PABLO, “Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales”, *Revista de Derecho Ambiental*, año VII, núm. 11 (enero-junio 2019), p. 61, <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/51529> [consulta: 14/04/2022].

³ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, “Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental”, en *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo*, coordinado por ARANCIBIA, JAIME Y ALARCÓN, PABLO, Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 616.

2015 acumuladas) (c. 157º) asociado al proceso sancionatorio en contra de los proyectos, que:

“[...] la naturaleza jurídica de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LOSMA, y en este caso particular, de su literal d), no es la de una agravante. Por el contrario, se trata de criterios o factores de modulación que el legislador ha entregado a la autoridad administrativa para que ésta determine y fundamente conforme a la concurrencia o no de ellas, la sanción específica que impondrá finalmente al infractor [...]”.

En el mismo sentido se han pronunciado los fallos dictados en los casos “Pascua Lama”, roles R-6-2013 (R-7-2013 y R-8-2013, acumuladas) (c. 118º); “Embalse Ancoa” R-128-2016(c. 50º); “Karaoke Espacio Bellavista” R-193-2018 (c. 53º); “Discoteque Delphos” R-191-2018 (c. 57º) y “Autódromo de Codegua” R-195-2018 (c. 88º).⁴

Como corolario de todo lo expuesto, puede sostenerse que *“[...] los artículos 36, 39 y 40 de la LOSMA, que contienen los elementos para clasificar y determinar la sanción definitiva y específica de una infracción, se relacionan entre ellos en forma complementaria, como parte de un proceso por etapas”*.⁵

Pese al papel que desempeña dentro del diseño del sistema sancionatorio ambiental, la potestad emanada del artículo 40 de la LOSMA fue objeto de reserva de constitucionalidad. Así, se sostuvo

⁴ En relación a estas circunstancias, resulta útil destacar también lo que señaló el Tribunal Supremo Español sobre esta técnica legislativa en materia sancionatoria: “[...] Tales criterios legales (que van desde la buena o mala fe de los infractores hasta la conformidad del sujeto pasivo, del retenedor o del responsable a la propuesta de liquidación que se le formule) atemperan o modulan la excesiva rigidez que podría derivarse de una aplicación mecánica de las fórmulas sancionadoras sin atender a la personalización de las sanciones”. Sentencia Tribunal Supremo Español, STC 76/1990 de 26 de abril de 1990, considerando sexto letra a.

⁵ Véase en sentencia del Segundo Tribunal Ambiental R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) c. 114º. Así también, en la causa R-48-2014 (R-49-2014, R-64-2015 y R-65-2015 acumuladas) c. 25º (caso “Proyecto Minero Caserones”), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

que dicha disposición “[...] vulnera la Carta Fundamental, puesto que autoriza a la Superintendencia para efectuar una calificación jurídica de los hechos, para determinar la sanción, ya que considera criterios genéricos y vagos [...]”.⁶ A su vez, en dicha oportunidad se cuestionó la constitucionalidad de la potestad sancionatoria de las superintendencias.

A este respecto, el profesor Bermúdez, al exponer como invitado en la discusión parlamentaria de dicha ley señaló que “[...] la función jurisdiccional, en cuanto determinación de las normas aplicables, es algo que no sólo corresponde a los Tribunales de Justicia, sino que realiza también la Administración del Estado; porque cada vez que la Administración del Estado dicta un acto administrativo, sea el que fuere su contenido, la administración lo que hace es determinar la normativa aplicable para cada acto”.⁷ Aludió a la jurisprudencia constitucional, la cual sostiene que:

*“[...] si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en el ámbito administrativo, determinar la existencia de una infracción y la cuantía de una multa, la sanción no puede estimarse como cierta e irrevocable para el ordenamiento jurídico sino una vez que no haya sido reclamada o que, habiéndolo sido, tal reclamo haya sido resuelto en sede jurisdiccional e independiente”.*⁸

Para finalizar su exposición, el profesor Bermúdez señaló que “[...] esto es lo que se establece en el proyecto de ley, porque cuando la Superintendencia aplica la sanción según su potestad sancionadora, queda a salvo la vía judicial”.⁹

⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente”, p. 244, <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3929/6/HL20417.pdf> [consulta: 14/04/2022].

⁷ *Ibid.*, p. 112.

⁸ SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 792-07 (c. 16°), <https://tcchile.cl/sentencias/busqueda-basica> [consulta: 14/04/2022].

⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Historia de la Ley N° 20.417...”, p. 244, <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3929/6/HL20417.pdf> [consulta: 14/04/2022].

En el caso español también se ha planteado que la etapa de la individualización de la sanción es una etapa esencialmente discrecional: “[...] *la única conclusión real y posible es el reconocimiento de la potestad esencialmente discrecional, sin perjuicio de algunos elementos reglados, que tiene la administración a la hora de individualizar la sanción*”.¹⁰

II. DISCRECIONALIDAD Y EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA AMBIENTAL

Pese a la importancia de la materia, la LOSMA no reguló el modo en que las circunstancias del artículo 40 deben ser aplicadas. En efecto, no existen criterios legales de prelación para su aplicación, de manera que la ponderación realizada por el órgano sancionador puede resultar problemática.¹¹⁻¹² Izquierdo, al explicar el origen de lo señalado, apunta a la técnica legislativa, afirmando que “[...] *la regla general es que las leyes se limitan a enumerar, habitualmente en términos vagos, una serie de circunstancias, sin especificar si tienen una trascendencia atenuante o agravatoria, ni mucho menos el quantum de esta*”.¹³

¹⁰ IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL, “La determinación de la sanción administrativa”, *Justicia Administrativa*, Revista de Derecho administrativo, Extra 1, (2001), p. 238, https://www.academia.edu/39248206/La_determinaci%C3%B3n_de_la_sanci%C3%B3n [consulta: 14/04/2022].

¹¹ Cfr. SOTO DELGADO, PABLO, “Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, *Ius et Praxis*, vol. 22, núm. 2, 2016, <https://www.scielo.cl/pdf/iustep/v22n2/art07.pdf> [consulta: 14/04/2022].

¹² Cfr. IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL, “La determinación de la sanción administrativa”, *Justicia Administrativa*, Revista de Derecho administrativo, Extra 1 (2001), p. 238, https://www.academia.edu/39248206/La_determinaci%C3%B3n_de_la_sanci%C3%B3n [consulta: 14/04/2022].

¹³ *Ibid.*, p. 238.

Expuesto lo anterior, una alternativa para comprender el alcance de la ausencia de estas definiciones legislativas se vincula con la distinción entre facultades regladas y discrecionales. En las primeras se establece una regulación minuciosa y completa de la actividad, y el ejercicio por parte de la autoridad está predeterminado por las normas jurídicas aplicables.¹⁴ En cambio, en el caso de las segundas, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. En otros términos, la discrecionalidad administrativa puede ser entendida como un margen de actuación y decisión conferido a los órganos de la Administración en el marco del procedimiento administrativo sancionador, toda vez que “[...] la fijación normativa de sanciones de un modo absoluto o en términos estrictos supondría, en la mayoría de las veces, una conculcación de principios fundamentales como el de proporcionalidad y de aquellos los presupuestos propios del funcionamiento administrativo como lo son la eficacia, la eficiencia o la economía procedimental”.¹⁵

Sin perjuicio de esta distinción, el caso de la SMA plantea una naturaleza más permeable de estas atribuciones. En efecto, Guillof y Soto consideran que la potestad sancionatoria de la SMA se encuentra relativamente reglada. Fundan esta tesis en que el legislador habría determinado el tipo de infracciones, las clasificó de acuerdo con su gravedad y estableció cuál es la sanción aplicable de acuerdo a la tipología de la infracción, conservando, en contrapartida, una amplia libertad para calificar la infracción dentro de las categorías existentes y luego determinar la sanción.¹⁶ Así, estos autores sostie-

¹⁴ Cfr. CORDERO VEGA, LUIS, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª edición, Santiago: Thomson Reuters, 2015, p. 82.

¹⁵ Cfr. GÓMEZ GONZÁLEZ, ROSA FERNANDA, “Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración”. *Ius et Praxis*, vol. 26, núm. 2, p. 200, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v26n2/0718-0012-iusetp-26-02-193.pdf> [consulta: 14/04/2022].

¹⁶ Cfr. GUILLOFF TITIUN, MATÍAS; SOTO DELGADO, PABLO, “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en JUAN CARLOS FERRADA *et al.* (ed.), *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters, 2015, p. 115.

nen que “[...] el grado de discrecionalidad necesario de que dispone la SMA para optar estratégicamente entre aplicar una sanción más o menos grave, fluye de la interpretación armónica de los artículos 35, 36, 39 y 40 de la LOSMA”.¹⁷

El Segundo Tribunal Ambiental se refirió a esta característica en la reclamación R-6-2013 (R-7-2013 y R-8-2013, acumuladas):

*“Centésimo decimoctavo: [...] 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 que 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. [...] El desarrollo de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA para elegir alguna de las sanciones contenidas en el artículo 39 del citado cuerpo legal, no puede limitarse a señalar –como fue en este caso y respecto de todos los otros criterios del citado artículo 40– 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, o lo que es mejor, cómo la conducta anterior influye en el Superintendente para imponer una multa de un determinado monto y no la revocación de la RCA”.*¹⁸

¹⁷ GUILLOFF y SOTO, ob. cit., p. 114.

¹⁸ SENTENCIA DEL SEGUNDO TRIBUNAL. R-6-2013 de fecha 3 marzo de 2014. Corte Suprema Rol N° 11.600-2014, de fecha 30 de diciembre de 2014, que anula de oficio la resolución que acepta la comparecencia de la Compañía Minera Nevada SpA como tercero coadyuvante de la Superintendencia del Medio Ambiente, y todas las que deriven, en tanto han sido causadas y se relacionen con la atribución de la Compañía en calidad de parte–tercero coadyuvante– en la causa, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

III. NECESIDAD DE FUNDAMENTACIÓN EN LA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA

El ejercicio de esta potestad discrecional de la SMA tiene como contrapartida la carga de que el acto por el cual materialice la reacción sancionatoria sea fundado. Al respecto, el Segundo Tribunal Ambiental ha destacado reiteradamente la necesidad de fundamentación en la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Así, en el caso “Planteles avícolas Las Rastras y San Francisco”, rol R-196-2018 el tribunal sintetiza sus criterios sobre este punto en los siguientes términos:

“Vigésimo cuarto. Que, este Tribunal ha destacado la necesidad de fundamentación en la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA en diversas oportunidades. En efecto, se ha destacado que el desarrollo de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA, para elegir alguna de las sanciones contenidas en el artículo 39 del citado cuerpo legal, no puede limitarse a indicar que la conducta anterior será considerada sin más, omitiendo razonar sobre lo más importante, esto es, precisar en qué forma ese efecto agravante influye en el Superintendente para determinar la sanción específica (cfr. Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 6-2013, de 3 de marzo de 2014, c. 118). Luego, también se ha señalado que los criterios al determinar la sanción “[...] deberán estar debidamente motivados, de manera tal que se pueda comprender por qué se optó por una sanción —y en caso de multa, por qué se llegó a un monto específico— y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión” (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 26-2014, de 17 de diciembre de 2014, c. 33). Finalmente, también se ha sostenido que “[...] la insuficiente fundamentación también se manifiesta respecto de la presente circunstancia, por cuanto la SMA no explica cómo el monto establecido por ella es utilizado en la determina-

ción de la sanción definitiva, ni tampoco se entiende cómo, a la luz de los antecedentes acompañados al proceso, concluyó que los costos retrasados eran 650 UTA”, y que “[...] en los términos en los cuales el Superintendente aplica y fundamenta las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA, no permiten comprender de qué forma se arribó a la multa de 2.595 UTA, única forma de determinar si hay proporcionalidad en la sanción impuesta” (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 33-2014, de 30 de julio de 2015, c. 76 y 88)”.

En consecuencia, no satisface el estándar de fundamentación la simple enunciación de alguno de los criterios contemplados en el artículo 40 de la LOSMA, o entregar argumentos vagos o meramente formales, sin razonar en qué medida influyen en la determinación de la sanción específica. La falta de fundamentación afecta la debida motivación del acto administrativo, infringiendo el principio de legalidad, así como los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880 y el artículo 8° de la Constitución Política de la República. Esto es recogido por la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental al sostener que “[...] esta fundamentación permite garantizar la proporcionalidad de la sanción, así como una adecuada defensa al sancionado y la posterior revisión judicial del acto sancionatorio”.¹⁹

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema considera que la motivación constituye uno de los elementos del acto administrativo pues, a través de ella, se expresan las razones que tiene la Administración para dictarlo. En consecuencia, si la Administración no señala en concreto la totalidad de las razones que determinan el ejercicio de la potestad, incorpora incertidumbre respecto de los motivos que llevan a determinar la sanción, cuestión que no se condice con las exigencias previstas para un acto de

¹⁹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-222-2019 (c. 39°) (caso “Fábrica de Alimentos Quinta”), R-196-2018 (c. 28°); R-206-2019 (c. 91°) (caso “Agrícola Santis Frut”) y R-208-2019 (c. 3°) (caso “Olivares de Quepu”), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

naturaleza sancionatoria, pues la fundamentación es un elemento de la esencia del acto administrativo, cuya existencia siempre está bajo el control judicial.²⁰

En efecto, en cuanto a la motivación de la resolución que aplica la sanción, el Segundo Tribunal Ambiental concluyó en sentencia de causa R-26-2014 que dichos criterios:

*“[...] deberán estar debidamente motivados, de manera tal que se pueda comprender por qué se optó por una sanción –y en caso de multa, por qué se llegó a un monto específico– y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión”.*²¹

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 40 de la LOSMA también recibe aplicación para la adopción de medidas provisionales como lo establece el artículo 48 del referido cuerpo legal: *“[...] deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40”*. Por consiguiente, las medidas provisionales que adopte la SMA, deberán ser proporcionales en cuanto al tipo de infracción y a las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA. De lo contrario, pueden incurrir en un vicio de ilegalidad y nulidad (R-44-2014, [c. 22°]). Sin embargo, tratándose de medidas “pre procedimentales” la Corte Suprema ha reconocido que *“En cuanto a las circunstancias del artículo 40 de la Ley N° 20.417, su análisis también se dificulta [...]”*²² toda vez que, al no haberse formulado todavía cargos contra la reclamante, no resulta posible asociar la cautela más que al artículo 8 de la Ley N° 19.300.

²⁰ Véase en Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 79.353-2020 de fecha 26 de abril de 2021, (c. 16°), que resuelve los recursos de casación interpuestos en contra de la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental R-196-2018, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

²¹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-26-2014 (c. 33°) (caso “Instalación de planta procesadora de productos del mar”), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

²² SENTENCIA EXCMA. CORTE SUPREMA, Rol N° 61.291-2017, (c. 19°), <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [consulta: 14/04/2022].

IV. LAS BASES METODOLÓGICAS PARA LA DETERMINACIÓN DE SANCIONES AMBIENTALES

Para el ejercicio de sus competencias y en virtud de las facultades concedidas en el literal s) del artículo 3º de la LOSMA, la SMA elaboró y aprobó las denominadas “*Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales*” (en adelante “BMDSA”). Desde su publicación en el Diario Oficial, estas BMDSA han servido como una herramienta para dar coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando su efecto disuasivo.²³

Estas BMDSA constituyen una forma de autolimitación del ejercicio discrecional de la potestad sancionadora, por la vía de “[...] *explicitar, detallar y describir un conjunto de parámetros que, de manera general, la autoridad tendrá en consideración para aplicar la medida represiva, lo cual proporciona cierta certeza y seguridad al eventual infractor*”.²⁴ Esto se traduce en la existencia de un mayor estándar de fundamentación y, en consecuencia, una revisión judicial más intensa. En efecto, se ha señalado que la dictación de este instrumento “[...] *trae consecuencias directas en la revisión judicial del acto administrativo sancionador dictado por la SMA, aumentando la intensidad de control del Tribunal Ambiental en la reclamación respectiva*”.²⁵

²³ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, Resolución Exenta N° 85 de fecha 22 de enero de 2018. Aprueba bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales-actualización, de la Superintendencia del Medio Ambiente y revoca resolución que indica, <https://portal.sma.gob.cl/index.php/download/bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones-ambientales-2017/> [consulta: 14/04/2022].

²⁴ GÓMEZ GONZÁLEZ, ROSA FERNANDA, “Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, núm. 2, 2018, p. 541, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v45n2/0718-3437-rchilder-45-02-00531.pdf> [consulta: 14/04/2022].

²⁵ SOTO DELGADO, PABLO, “Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental”, en *Anuario de Derecho Público*, 1ª edición, Santiago: Universidad Diego Portales, 2016, p. 393.

La doctrina ha sostenido que, dado que la SMA se encuentra expresamente habilitada por la ley para dictar normas e instrucciones generales, no se debe calificar a las BMDSA como *soft law*, para debilitar su obligatoriedad.²⁶ Esta postura ha sido seguida por el Segundo Tribunal en la causa rol R-208-2019,²⁷ que en su considerando décimo cuarto señala:

“[...] las Bases Metodológicas proporcionan una referencia útil de principios, criterios y conceptos estandarizados aplicables en el contexto de las matemáticas financieras y de la sanción administrativa; contribuyendo a modular los márgenes de discrecionalidad de la SMA y a reforzar el control de la debida fundamentación de la resolución reclamada, constituyendo de esta manera una garantía para el administrado [...]”.

Lo resuelto en la causa R-208-2019 representa un cambio en la línea jurisprudencial adoptada en el caso “Tur Bus”, rol R-172-2018. En ella, el Segundo Tribunal Ambiental resolvió que las BMDSA no revisten carácter vinculante, aunque reconoció su función de orientar y reducir los márgenes de discrecionalidad de la SMA. En este sentido el considerando noveno establece que:

“[...] En efecto, es menester recalcar que —a diferencia de otras leyes o decretos, etc.— la Guía elaborada por la SMA no cuenta con un valor normativo propiamente tal, sino más bien tiene un valor infra normativo y no vinculante. Sin perjuicio de lo anterior, tiene por finalidad servir de orientación en la determinación de sanciones, contribuye a reducir los márgenes de discrecionalidad en

²⁶ *Ibid.*, p. 394.

²⁷ Cabe hacer presente que esta postura que descarta un carácter meramente referencial de las BMDSA es encontrada también en sentencias de los otros tribunales ambientales. Así, podemos citar la sentencia dictada en la causa Rol R-23-2015, de 26 de mayo de 2016, c. 77° del Tercer Tribunal Ambiental (confirmada por la Excm. Corte Suprema en causa Rol 38340-2016) y la sentencia de la causa R-5-2018, de 16 de septiembre de 2020, c. 241° del Primer Tribunal Ambiental.

la toma de decisiones, y sus definiciones además, son consideradas estándar en el contexto financiero-tributario, constituyéndose en una herramienta útil para realizar el control de legalidad de la debida fundamentación de la resolución reclamada”.

Pese al deber de fundamentación que pesa sobre la SMA al momento de determinar la sanción específica, esto no puede llevar a una previsibilidad tal, que sea posible calcular *ex ante* la conveniencia de cumplir o no con la norma. En este sentido, destaca la prevención del ministro sr. Ruiz, en el caso “Centro de Tratamiento Eco Maule”, rol R-174-2018, que indicó:

“[...] la discrecionalidad del órgano que determina una sanción exige que el mismo la fundamente adecuadamente, mandato de todo acto administrativo, pero no puede pretenderse que todas las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA sean traducibles en números ciertos y predeterminados, ya que la predictibilidad total de la sanción puede mermar los fines preventivo y disuasivo de la pena, conforme los principios del derecho administrativo sancionador, y podría llevar incluso al escenario que el infractor calcule si económicamente le conviene más infringir que ser sancionado. La posibilidad que se arribe a ese ejercicio hipotético debe ser evitado, ya que distorsiona las bases mismas del régimen sancionatorio establecido en la LOSMA”.

Tal argumento, fue seguido en los votos de mayoría de las causas R-195-2018 (c. 63º) y R-208-2019 (c. 36º).

Para finalizar este tema, la fundamentación de la aplicación o rechazo de determinadas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA es susceptible de revisión por el Tribunal Ambiental. Conforme a la doctrina, esta revisión requiere tener a la vista que “[...] la fijación discrecional de sanciones se debe ejercitar respetando los elementos reglados dispuestos en la norma, complementando dicha decisión con los principios generales del Derecho, y, entre ellos, el de igualdad y el de proporcionalidad, todo lo cual deberá ser dispuesto en la resolución

respectiva con una expresa motivación de las circunstancias que llevan a fijar la intensidad de las sanciones".²⁸

V. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40

El fundamento dogmático de este principio puede trazarse hasta la Carta Fundamental. Así, se ha señalado por la doctrina que se encuentra "[...] subsumido en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6º y 7º), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 Nº 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 Nº 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho".²⁹ Asimismo, puede entenderse también implícito en el art. 19 Nº 3, a propósito del derecho al debido proceso,³⁰ y en el art. 19 Nº 20, al reconocer el derecho a la igual repartición de los tributos, y prohíbe al legislador "[...] establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos" (inciso 2º).³¹

²⁸ GÓMEZ FERNÁNDEZ, ROSA FERNANDA, "Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa", ob. cit., p. 539.

²⁹ Véase, en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno", en CARBONELL, MIGUEL (coordinador), *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago, Librotecnia, p. 353-403; y RAINER, ARNOLD y otros, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios Constitucionales*, Año 10, Nº 1, 2012, pp. 65-116, <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf> [consulta: 14/04/2022].

³⁰ Véase, en ALARCÓN, PABLO ANDRÉS, *Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia chilena*, Santiago: Lexis Nexis, 2000, pp. 29-30; y RAINER, ARNOLD y otros, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Estudios Constitucionales*, Año 10, Nº 1, 2012, pp. 65-116, <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf> [consulta: 14/04/2022].

³¹ Véase, en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, "Principios constitu-

Ante la ausencia de un concepto en estos textos, la doctrina define la proporcionalidad, sosteniendo que “[...] consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva, a materializar el principio de proporcionalidad, ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho administrativo sancionador”.³² Misma doctrina ha seguido la Corte Suprema en la causa rol N° 41.815-2016.³³

Expuesto lo anterior, cabe señalar que una materia fundamental al momento de aplicar las reglas del artículo 40 de la LOSMA es su vinculación con el *principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas*. En este sentido, el Segundo Tribunal ha señalado que “[...] la consideración y aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA constituye una materialización del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria”.³⁴

Por su parte, la propia SMA en sus BMDSA ha reconocido que “[...] la consideración de estas circunstancias en el proceso de determi-

cionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N° 2, 2000, pp. 357-371; y RAINER, ARNOLD y OTROS, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, pp. 65-116, <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf> [consulta: 14/04/2022].

³² BERMÚDEZ SOTO, JORGE, *Fundamentos de Derecho ambiental*, 2ª edición, Valparaíso: Ediciones Universidad de Valparaíso, 2014, p. 493.

³³ SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA. Rol 41.815-2016, de 1 de marzo de 2017, considerando quincuagésimo octavo, que resolvió rechazar los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en contra de la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa R-51-2014(R-55-2014 y R-71-2015), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

³⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-208-2019 (c. 2º), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

*nación de sanciones se orienta a una aplicación adecuada del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria”.*³⁵

Además, se ha señalado que este principio impone criterios de graduación de las sanciones basados en diversas consideraciones, incluso derivadas de otros principios, como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados y la reincidencia en la misma sanción, siempre que sea en períodos acotados.³⁶

VI. OPORTUNIDAD EN QUE DEBEN APLICARSE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA

Como señaláramos al comienzo de este capítulo, la consideración de las circunstancias previstas en el artículo 40 de la LOSMA no se realiza en forma aislada. Por el contrario, su aplicación forma parte de un procedimiento sancionatorio que concluye con la determinación de la sanción aplicable, así como sus características de cuantía y duración.

Al respecto, resulta ilustrativa la opinión de Bermúdez, quien ha señalado que estos criterios o reglas de derecho “[...] *deben ser aplicados en dos momentos: en primer lugar, al determinar la clase de sanción que corresponda a la infracción, lo que ocurrirá sólo una vez calificada jurídicamente la infracción de que se trate; y luego, se debe fijar la extensión o graduación en concreto, lo que resulta procedente respecto de las sanciones de multa y clausura temporal*”.³⁷

³⁵ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales”, 2017, p. 20, <https://portal.sma.gob.cl/index.php/download/bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones-ambientales-2017/> [consulta: 14/04/2022].

³⁶ VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, “Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 11, núm. 2, 2004, p. 144, <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2142> [consulta: 14/04/2022].

³⁷ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, ob. cit., p. 482.

Refiriéndose al momento en que se deben aplicar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, el Segundo Tribunal Ambiental ha señalado en el considerando vigésimo sexto de la sentencia dictada en la causa rol R-48-2014 (R-49-2014, R-64-2015 y R-65-2015 acumuladas) que:

“[...] las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA solamente podrán ser aplicadas al momento de vincular la infracción determinada con la sanción específica que le corresponda, en uso de los citados artículos 38 y 39, no pudiendo, conforme a la lógica sancionatoria, ser consideradas al momento de clasificar la infracción. Por lo tanto, a juicio del Tribunal, la decisión de la autoridad sancionatoria de no utilizar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para clasificar las infracciones fue conforme a derecho, y se encuentra debidamente fundamentada [...]”.³⁸

Por su parte, ha sostenido el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia dictada en la causa rol R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas), en su considerando centésimo duodécimo:

“[...] se debe tener presente que el artículo 36 de la LOSMA, tiene por objeto establecer requisitos que permitan al ente sancionador clasificar la correspondiente infracción como gravísima, grave o leve. El efecto que tiene esta clasificación es que, una vez determinada, le permite a la SMA conocer cuál es —conforme a los artículos 38 y 39 de la LOSMA— el catálogo de sanciones que deberá utilizar para luego, conforme a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, escoger la sanción definitiva. En caso que ésta última sea graduable, como la multa, deberá determinar, tomando en consideración el citado artículo, el monto específico de ésta”.

En el mismo sentido de la doctrina reseñada, el Segundo Tribunal Ambiental se ha pronunciado en los fallos de los casos “Proyecto

³⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-48-2014 (R-49-2014; R-64-2015 y R-65-2015 acumuladas), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

Integral de Desarrollo de Minería los Pelambres” rol R-33-2014,³⁹ “Tecnored” rol R-58-2014⁴⁰ y “Reserva Nacional Las Chinchillas”, rol R-38-2014.⁴¹

A su vez, la Corte Suprema en la sentencia dictada en los autos Rol N° 41.815-2016, resolvió que:

“Quincuagésimo primero: Que como se razonó a propósito del recurso de casación formal, pese a que es cierto que el artículo 36 del recién reseñado texto legal entroniza una distinción entre infracciones gravísimas, graves y leves atendida la naturaleza de los sucesos que las configuran y el daño ambiental provocado y atribuye al artículo 39 un rango para la regulación de la multa en cada uno de los casos, en la hipótesis que esta Corte coincidiera con la compañía en que el daño ambiental inferido con la intervención de 15 hectáreas sin antes recolectar el 20% de los eventos líticos presentes en ellas, es susceptible de reparación (artículo 36, N° 2°, letra a), o constituye solamente la ejecución de un proyecto al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (letra d de la misma disposición), ello no reviste influencia en lo dispositivo, puesto que la sanción pecuniaria postrera para esta irregularidad de 2.911,64 Unidades Tributarias Anuales, igualmente se mantiene dentro del margen fijado para las anomalías graves, de suerte que si este tribunal quisiera recalificar en la forma que lo pide la compareciente, ello no necesariamente deviene variación del valor del castigo económico”.⁴²

³⁹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-33-2014, de 30 de julio de 2015, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁴⁰ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-58-2015, de 15 de octubre de 2015, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁴¹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-38-2014, de 7 de mayo de 2015, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁴² CORTE SUPREMA. Sentencia dictada en los autos Rol N° 41.815-2016, <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [consulta: 14/04/2022].

El artículo 40 de la LOSMA también recibe aplicación para la adopción de medidas provisionales como lo establece el artículo 48 del referido cuerpo legal: “[...] *deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40*”. Por consiguiente, las medidas provisionales que adopte la SMA, deberán ser proporcionales en cuanto al tipo de infracción y a las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA. De lo contrario, pueden incurrir en un vicio de ilegalidad y nulidad (R-44-2014, [c. 22°]; R-198-2018, [c. 90°]). Sin embargo, tratándose de medidas “pre procedimentales” la Corte Suprema ha reconocido que “*En cuanto a las circunstancias del artículo 40 de la Ley N° 20.417, su análisis también se dificulta [...]*”⁴³ toda vez que, al no haberse formulado todavía cargos contra la reclamante, no resulta posible asociar la cautela más que al artículo 8 de la Ley N° 19.300.

VII. ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA EN LA JURISPRUDENCIA DEL SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Como ya se señaló, la última de las etapas del procedimiento sancionatorio instruido por la SMA, corresponde a la aplicación de las reglas de ponderación del artículo 40 de la LOSMA. A continuación, se ofrecerá un acercamiento al panorama jurisprudencial, desarrollado a lo largo de la labor interpretativa del Segundo Tribunal Ambiental.

A) LA IMPORTANCIA DEL DAÑO CAUSADO O DEL PELIGRO OCASIONADO (ARTÍCULO 40 LETRA A) DE LA LOSMA)

Este primer criterio atiende, por una parte, al perjuicio o menoscabo producto de la infracción ambiental para lo cual deberá considerarse

⁴³ Sentencia Excm. Corte Suprema, Rol N° 61.291 - 2017, (c. 19°), <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [consulta: 14/04/2022].

tanto la producción del daño, como su naturaleza y entidad.⁴⁴ Respecto del concepto de daño, debe entenderse como referencia a una simple afectación, la que “[...] *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*”.⁴⁵ Así también se ha sostenido que “*Lo esencial de esta circunstancia, es que a través de ella se determina la relevancia, importancia o alcance del daño, con independencia de que éste sea o no daño ambiental*”.⁴⁶

Por otra parte, considera el concepto de peligro, el cual es definido por las BMDSA como la “[...] *capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”⁴⁷ siguiendo los lineamientos dados por el SEA en la “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. Cabe tener presente que las BMDSA hacen énfasis entre las nociones de peligro y riesgo, definiendo este último como la “[...] *probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor*”.⁴⁸

La dualidad contenida en la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, ha sido recogida por el Segundo Tribunal en los siguientes términos:

“[...] es necesario recordar que en este numeral existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, de resultado, exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda es una hipótesis de peligro concreto, un riesgo de lesión, más no la producción de la misma. Por tanto, la existencia de un “peligro” no

⁴⁴ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, ob. cit., p. 482.

⁴⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 115º), R-33-2014 (c. 62º), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁴⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Reclamación R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas). (c. 116º), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁴⁷ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, “Bases Metodológicas...”, ob. cit., p. 33.

⁴⁸ *Ibid.*

*conlleva la hipótesis de “daño”, ya que son dos causales diferentes. En efecto, si se verificó la existencia de la primera, aquello no implica como consecuencia obligada la existencia de la segunda, debiendo esta última también ser probada. A mayor abundamiento, deberá acreditarse también la “importancia o significancia” del daño o del peligro ocasionado, que no es un requisito de procedencia de la circunstancia, sino que es el criterio que debe utilizar la SMA para graduar el efecto que ésta tendrá en la determinación de la sanción específica”.*⁴⁹

Seguidamente, precisando la relación entre daño y su significancia, como se dijo previamente, conforme a la circunstancia del artículo 40 debe entenderse la locución *daño* como referencia a una simple afectación que no se iguala estrictamente a la definición legal de daño ambiental contenida en el artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300. En consecuencia, se debe ponderar la relevancia y/o extensión de tal afectación en sí misma, sin que sea requisito para estos efectos calificar la infracción como un daño ambiental significativo, ya que *“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”.*⁵⁰

Una cuestión que se ha planteado en torno a la circunstancia en análisis es la posibilidad de vulnerar el principio de *non bis in idem* contemplado en el artículo 60 de la LOSMA al considerar el daño y/o peligros derivados para calificar la gravedad de la infracción conforme al artículo 36 de la LOSMA y, simultáneamente, como circunstancia según el artículo 40 de la LOSMA. Al respecto, el Segundo Tribunal

⁴⁹ Véase en Sentencias del Segundo Tribunal Ambiental, Reclamaciones R-58-2015 (c. 44°), R-33-2014 (c. 61°), R-128-2016 (c. 28°), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁵⁰ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Sentencia dictada en causa rol R-172-2018, con fecha 6 de noviembre de 2019, considerando cuadragésimo primero. En un mismo sentido, ver sentencias del Segundo Tribunal Ambiental dictadas en causas rol R-33-2014, de 30 de julio de 2015; R-82-2015; R-128-2016.

Ambiental resolvió en la sentencia de la causa rol R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) que “[...] los artículos 36, 39 y 40 de la LOSMA, que contienen los elementos para clasificar y determinar la sanción definitiva y específica de una infracción, se relacionan entre ellos en forma complementaria, como parte de un proceso por etapas. Por este motivo, en principio, no se puede presentar una transgresión al non bis in idem entre los distintos requisitos contenidos en los literales del artículo 36 y las circunstancias del artículo 40, ya que la etapa en que operan y su finalidad será siempre distinta, a saber: clasificar la infracción y determinar la sanción respectivamente”.⁵¹

Finalmente, en cuanto a la importancia del daño o peligro provocado se ha sostenido que, “[...] para la concurrencia de la circunstancia a la que se refiere el artículo 40 letra a) de la LOSMA, basta la presencia de una simple afectación o peligro ocasionado como consecuencia del incumplimiento. Luego, la significancia o importancia del daño o peligro ocasionado, no es un requisito de procedencia de la mencionada circunstancia, sino que es justamente el criterio a utilizar para graduar el efecto que ésta tendrá en la determinación de la sanción específica”.⁵²

B) EL NÚMERO DE PERSONAS CUYA SALUD PUDO AFECTARSE POR LA INFRACCIÓN (ARTÍCULO 40 LETRA B) DE LA LOSMA)

Tal como se indica en el título de este acápite, este literal obliga a la SMA a realizar una ponderación de la respuesta sancionatoria considerando el número de personas que pudo afectarse con la infracción. De acuerdo con la doctrina, este literal incorpora “[...] un criterio

⁵¹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 114º), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁵² SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-33-2014 (c. 62º); R-82-2015 (c. 52º); R-128 (c. 23º) y R-172-2018 (c. 43º), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

que ya no es estrictamente ambiental, sino de salud pública. Esto pone de manifiesto que las reglas de imposición de sanciones no atienden solo a elementos ambientales”.⁵³ Al respecto el Segundo Tribunal en la causa R-128-2016, señaló lo siguiente:

“Cuadragésimo tercero. Que, la citada circunstancia, incorpora una hipótesis de peligro, adicional a aquella establecida en el literal a) del artículo 40 de la LOSMA. La diferencia, en este caso, radica en que la circunstancia contenida en la letra b) del citado artículo 40 se encuentra restringida a un criterio cuantitativo, dado que ésta se refiere estrictamente al número de personas cuya salud pudo afectarse, siendo justamente la cantidad potencial de personas que pudieron verse afectadas, lo que deberá considerar la SMA para su graduación y consecuencial incidencia en la determinación de la sanción definitiva. Por este motivo, mal podría utilizarse el número de personas potencialmente afectadas para ponderar también “el peligro ocasionado” al que se refiere la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, sin incurrirse en una doble valoración de los hechos. Por otro lado, y dado la literalidad de la circunstancia en comento, se deben excluir de ésta, aquellas situaciones en que efectivamente se produzca una afectación actual a la salud de las personas, las que deberán ser indefectiblemente ponderadas de conformidad a la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, dentro de la hipótesis de daño causado”.

C) EL BENEFICIO ECONÓMICO OBTENIDO CON MOTIVO DE LA INFRACCIÓN (ARTÍCULO 40 LETRA C) DE LA LOSMA)

Para ponderar esta circunstancia se debe considerar la utilidad obtenida por el infractor y/o el ahorro en beneficio de este por dejar de cumplir con la normativa ambiental.⁵⁴ Las BMDSA proporcionan

⁵³ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, ob. cit., p. 483.

⁵⁴ Ob. cit., p. 484.

una visión bastante clarificadora de la finalidad de esta circunstancia al señalar que, por su intermedio se “[...] *busca considerar en la determinación de la sanción todo beneficio económico que el infractor haya podido obtener por motivo de su incumplimiento, el cual puede provenir de una disminución en los costos o un aumento en los ingresos, en un determinado momento o período de tiempo, que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción*”.⁵⁵

Cuantitativamente, el beneficio económico derivado de una infracción a la normativa ambiental, “[...] equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella”.⁵⁶ Para su determinación, la SMA considera dos escenarios económicos contrapuestos; un escenario de cumplimiento normativo y otro de incumplimiento. A partir de esta contraposición, las BMDSA distinguen dos categorías de beneficio económico en función de origen, uno asociado a costos (que pueden ser retrasados o evitados) y otro asociado a ganancias ilícitas (que pueden ser anticipadas o adicionales).⁵⁷

La Guía sobre BMDSA establece que los costos retrasados corresponden al “[...] *beneficio asociado al hecho de incurrir en costos vinculados al cumplimiento de exigencias legales con posterioridad al momento en que la normativa lo requería o al momento en que, de haber sido incurridos, la infracción podría haberse evitado*”, en el caso de los costos evitados “[...] *corresponde al beneficio asociado al hecho de obtener un ahorro económico al evitar incurrir en determinados costos vinculados al cumplimiento de la normativa. En general, corresponden a costos evitados aquellos de tipo recurrente, como los costos de operación y mantenimiento de las inversiones necesarias para el cumplimiento, o los costos relativos a la realización de monitoreos [...]*”.⁵⁸

⁵⁵ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, “Bases Metodológicas...”, ob. cit., p. 36.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, p. 37.

Igualmente serán costos evitados los costos no recurrentes, en los casos “[...] en que no se ha incurrido, ni se incurrirá en ellos, para dar cumplimiento a la normativa que lo requiere”, en el caso de las ganancias ilícitas anticipadas o adicionales, “[...] corresponde al beneficio que el infractor obtiene por el hecho de lograr un aumento en sus ganancias en un determinado periodo de tiempo, el cual no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción, o hubiese tenido lugar en otro momento del tiempo”.⁵⁹

El Segundo Tribunal al referirse a la aplicación de este criterio ha enfatizado en la necesidad de fundamentación, por cuanto le atribuye a la SMA el deber de otorgar una explicación razonable que permita conocer cómo se arriba a un determinado resultado.⁶⁰ Tal razonamiento es adoptado también en la causa R-172-2018, cuyo considerando vigésimo sexto señala:

“[...] la LOSMA no contempla un régimen tarifcado de multas, sino que puede y debe ponderar las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LOSMA, entre las cuales distingue aquellas que son de carácter cualitativo y aquellas que son de carácter cuantitativo, que sí requieren la determinación de un número específico, siendo el beneficio económico una circunstancia de este último tipo. En efecto, el Tribunal concuerda con la afirmación de que el beneficio económico se trata de una circunstancia cuantitativa en la determinación de la multa, por lo que todos los elementos de juicio deben ser entregados explícitamente, en particular, los valores utilizados, de modo de habilitar su revisión y permitir examinar su idoneidad, para poder realizar un adecuado control judicial de las decisiones administrativas. En otras palabras, la circunstancia correspondiente al beneficio económico del infractor –a diferencia

⁵⁹ *Ibid.*, p. 37-38.

⁶⁰ SENTENCIA DEL SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-33-2014, (c. 76°), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

de otras— requiere sustentarse en una base numérica debidamente justificada”.

En relación con la distinción entre ganancias ilícitas adicionales y anticipadas, el Segundo Tribunal Ambiental ha resuelto que se trata de hipótesis excluyentes, por lo cual, la simple consideración de “ganancias ilícitas” en el acto sancionatorio constituye un defecto de motivación que impide la trazabilidad de la sanción:

*“Vigésimo primero: Que, a mayor abundamiento, lo anterior es explicado en las Bases Metodológicas, al señalar, a modo de ejemplo, casos en que se configura un beneficio económico por ganancias ilícitas adicionales o por ganancias anticipadas (ver los pies de página N° 44 y 45, p. 38). Dichos ejemplos, permiten constatar el análisis del Tribunal sobre el principio excluyente entre ambos conceptos, con el consecuente efecto práctico que se produce al aplicar el cálculo matemático financiero, que para el caso de ganancias adicionales el escenario hipotético de cumplimiento es igual a cero; y en el caso de ganancias anticipadas, se requiere realizar el supuesto de una fecha de obtención de los respectivos permisos o validaciones requeridas para operar, y suponer algún costo incurrido por la gestión asociada a dichos permisos”.*⁶¹

Un último punto que cabe mencionar dice relación con la motivación del acto sancionatorio y la ponderación del beneficio económico. En este sentido, el Segundo Tribunal Ambiental ha resuelto que “[...] *la falta de la debida motivación no implica que la SMA deba reflejar en la resolución sancionatoria un nivel de detalle total, sino proporcionar los elementos o descripción que permitan trazar o reproducir el beneficio económico de la multa*”.⁶²

⁶¹ SENTENCIA SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-208-2019 (c. 18° y c. 21°), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁶² SENTENCIA SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-208-2019 (c. 51°), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

D) LA INTENCIONALIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y EL GRADO DE PARTICIPACIÓN EN EL HECHO, ACCIÓN U OMISIÓN CONSTITUTIVA DE LA MISMA (ARTÍCULO 40 LETRA D) DE LA LOSMA)

La aplicación de esta circunstancia se traduce en el mayor o menor reproche que puede formular la SMA a la conducta del infractor, la que podrá variar en la medida que haya actuado con culpa o dolo. En este contexto, el Segundo Tribunal Ambiental ha interpretado “[...] *que cuando el citado precepto alude a la ‘intencionalidad en la comisión de la infracción’, se está refiriendo al análisis del elemento subjetivo de la infracción, conformado tanto por la culpa como por el dolo. Solo una interpretación en este sentido permitirá al ente fiscalizador considerar toda la gama o alternativas de graduación que va desde la culpa hasta el dolo para realizar un completo juicio de reproche y que este se vea reflejado en la determinación de la sanción definitiva*”.⁶³

En cuanto a la intencionalidad como elemento subjetivo de la conducta del infractor, la doctrina indica que tal circunstancia se vincula con el principio de culpabilidad del derecho penal. Ahora bien, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, este principio recibiría aplicación matizada, constituyendo el fundamento para la imposición de la sanción y para determinar su magnitud.⁶⁴

En tal sentido, “[...] *esta circunstancia supone que, previamente, se haya determinado la responsabilidad administrativa del sancionado, lo que implica que se haya acreditado la concurrencia del elemento volitivo de la infracción administrativa y la calidad con que se actuó en ella*”. Teniendo en cuenta lo anterior, la falta de culpabilidad excluiría la responsabilidad administrativa y la posibilidad de atribuir algún tipo de sanción y, por consiguiente, la de aplicar alguna circunstancia de

⁶³ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 151°); R-128-2016 (c. 51°); R-33-2014 (c. 81°), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁶⁴ CORDERO QUINZACARA, EDUARDO, “*Derecho Administrativo Sancionador*”, 1ª edición, Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 253-254.

las descritas en el artículo 40 de la LOSMA.⁶⁵ Bajo estos supuestos, el actuar doloso requiere ser acreditado para imponer una sanción más gravosa. La culpa, por otra parte, puede ser utilizada para imponer sanciones de menor entidad.⁶⁶

En relación con el dolo, se ha relevado la dificultad de probar su concurrencia en la conducta del infractor, sobre este punto este Tribunal recogiendo lo señalado por la Excelentísima Corte Suprema,⁶⁷ dispuso “[...] *que un comportamiento subjetivo sólo admite prueba indirecta, porque, como con innegable ironía puntualiza Baumann, ‘al dolo nunca nadie lo ha visto’ de suerte que la única forma de constatar su presencia es acudiendo a presunciones judiciales*”.⁶⁸

Sin perjuicio de lo antes expuesto, para la determinación de la sanción específica se tomarán en consideración, además, las características peculiares del sujeto infractor y el alcance propio del instrumento de carácter ambiental. A este respecto, cabe mencionar que las BMDSA definen una categoría especial de sujetos regulados a los cuales denomina “sujeto calificado”. Estos sujetos son aquellos que “[...] *desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación*”⁶⁹ y que, por esta condición, la autoridad ambiental

⁶⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-33-2014, (c. 80°), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁶⁶ Véase en sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 25.931-2014, de 4 de junio de 2015, sentencia de reemplazo (c. 1°), que acogió el recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la sentencia de la causa R-23-2014 del Segundo Tribunal Ambiental, <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁶⁷ SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA. Rol N° 7315-2015, de 14.12.2015 (c. 10°), <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [consulta: 14/04/2022].

⁶⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 158°), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁶⁹ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, “*Bases Metodológicas...*”, ob. cit., p. 39. Véase también en sentencia de la Corte Suprema Rol N° 17.736-

presume que tienen un mayor conocimiento de sus obligaciones ambientales.

Sobre este punto, la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental, les ha atribuido en forma sostenida un reproche más intenso a aquellos titulares de proyectos que quedan comprendidos dentro de la definición de sujetos calificados.⁷⁰ Vinculado con lo anterior, resulta del todo pertinente destacar el considerando centésimo décimo de la sentencia dictada en el caso “Minera Candelaria”, rol R-140-2016, de fecha 20 de noviembre de 2020, el cual concluye:

“[...] que la intencionalidad en la comisión de la infracción, en el contexto de la LOSMA, permite graduar la sanción considerando la conducta del infractor, el conocimiento de sus obligaciones y la voluntariedad en su actuar. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en atribuir un mayor reproche respecto de los denominados sujetos calificados, entendiéndolos como quienes ejercen una actividad especializada, que cuentan mayor conocimiento y experiencia en el cumplimiento de sus obligaciones”.

E) LA CONDUCTA ANTERIOR DEL INFRACTOR (ARTÍCULO 40 LETRA E) DE LA LOSMA)

En esta circunstancia *“[...] se analiza el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor mantuvo en la unidad fiscalizable antes de la ocurrencia del hecho infraccional que es objeto del procedimiento sancionatorio”*.⁷¹ Doctrinariamente este criterio

2016, sentencia de reemplazo, de 13 de marzo de 2016 (c. 16º y 17º), <https://oficinasjudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php> [consulta: 14/04/2022].

⁷⁰ Véase en sentencias del Segundo Tribunal Ambiental R-128-2016 (c. 52º), R-174-2018, (c. 70º), R-196-2018 (c. 50º), R-195-2018 (c. 90º), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁷¹ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, “Bases Metodológicas ...”, ob. cit., p. 40.

comprende, por una parte, lo que se ha denominado “faz negativa”, en cuanto considera la posible reincidencia o reiteración del sujeto infractor, para determinar una respuesta sancionatoria más intensa. Por otra parte, y como contracara de la anterior, esta circunstancia entraña una “faz positiva”, que considera todas aquellas actuaciones del infractor destinadas a asegurar el cumplimiento y, en general, la protección del medio ambiente, en cuyo caso operará como atenuante.⁷²

En cuanto a la irreprochable conducta anterior, el Segundo Tribunal Ambiental, interpreta que consiste en no haber sido “[...] sancionado por infracción ambiental o sectorial alguna al momento del inicio del procedimiento sancionatorio, a la vez que tampoco existen antecedentes que den cuenta de un comportamiento reprochable desde el punto de vista ambiental [...]”.⁷³

F) LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL INFRACTOR (ARTÍCULO 40 LETRA F) DE LA LOSMA)

La noción de “capacidad económica” no ha sido definida por el legislador, sin embargo, las BMDSA siguieron el concepto elaborado por la doctrina española a propósito del Derecho Tributario. En este sentido, dicho instrumento la define como la “[...] potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por

⁷² Cfr. BERMÚDEZ SOTO, JORGE, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, ob. cit., p.485-486; AVILÉS, SEBASTIÁN; NÚÑEZ, MÁXIMO y VILLANUEVA, JOSÉ, “El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 17, 2017, p. 182, <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/46454/48483> [consulta: 14/04/2022].

⁷³ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-140-2016 (c. 124), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

parte de la administración pública”.⁷⁴ Cuyo objetivo es que la sanción por hechos equiparables sea acorde a la capacidad económica del infractor y evitar que la sanción impacte en empresas con condición especialmente desfavorable.

Como es posible advertir, esta definición comprende dos aspectos: el tamaño económico y la capacidad de pago. El primero de ellos dice relación con el nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales. Estos son normalmente conocidos por la SMA de forma previa a la aplicación de sanciones y, cuando procede su ponderación, se realiza a través de un factor de reducción de la sanción de acuerdo con el tamaño económico, siendo mayor la reducción cuando menor sea el tamaño económico de la empresa. En caso de entidades fiscales, con excepción de las empresas del Estado, el tamaño económico se relaciona con la magnitud del presupuesto anual de la entidad, definiéndose de forma análoga al caso de una empresa pública o privada.⁷⁵ Así lo ha confirmado el Segundo Tribunal al ratificar que “[...] *la utilización por parte de la SMA del presupuesto anual del MOP para el año 2016, como factor para determinar la capacidad económica del infractor, constituye una aproximación del todo procedente. Ello, por cuanto dada las particularidades del infractor -integrante de la administración centralizada del Estado-, el criterio utilizado por la SMA para determinar la capacidad económica, esto es, la partida presupuestaria asignada al Ministerio por la ley de presupuesto, resulta análogo al aplicable a una empresa pública o privada [...]*”.⁷⁶

Por otra parte, la capacidad de pago es descrita por las BMDSA, sosteniendo que “[...] *tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente, no es conocida por la SMA de forma*

⁷⁴ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, “Bases Metodológicas...”, ob. cit., p. 42-43.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-128-2016 (c. 72º), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

previa a la determinación de sanciones". Este mismo instrumento ha sostenido que la consideración de este aspecto es excepcional y solo se aplica a solicitud expresa del infractor. Esta máxima establecida por la SMA fue cuestionada por el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia recaída en la causa R-208-2019:

*“Que, además, a criterio del Tribunal, la exigencia de proporcionalidad de la sanción exige a la SMA recabar todos los antecedentes que considere necesarios para la determinación de la multa, aun cuando el infractor no haya solicitado que se tome en consideración su capacidad de pago. En efecto, el análisis de la SMA debe ser completo, y no puede limitar el análisis de la capacidad económica del infractor sólo al factor de tamaño económico. Lo anterior, implica necesariamente emplear un criterio distinto al señalado en las Bases Metodológicas, que respecto de la capacidad de pago señala que [...] este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor” (p. 44). Por consiguiente, la capacidad de pago debe ser siempre considerada por la SMA, sobre la base de los antecedentes financieros que constan en el expediente administrativo, incluso no mediando solicitud del interesado”.*⁷⁷

Sobre el objetivo de la aplicación de este criterio se ha destacado por la jurisprudencia que “[...] la aplicación por parte del ente fiscalizador de la circunstancia de que se trata, debe estar inspirada en alcanzar un resultado proporcionado. Es decir, el objetivo de dicha circunstancia es precisamente el asegurar que haya proporcionalidad entre el monto de la multa y la capacidad de pago real del infractor”.⁷⁸ Por otra parte, la doctrina ha sostenido que la vigencia de los principios de igualdad y no discriminación en una vertiente subjetiva, (considerando las

⁷⁷ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-208-2019, (c. 97º), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁷⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) c. 170º, R-48-2014 (c. 89º), R-128-2016 (c. 73º), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

circunstancias económicas del infractor en concreto) debe llevar a que este criterio sea aplicado siempre por la SMA.⁷⁹

**G) EL CUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA SEÑALADO
EN LA LETRA R) DEL ARTÍCULO 3º (ARTÍCULO 40 LETRA G)
DE LA LOSMA)**

Dentro de las facultades otorgadas a la SMA por la Ley N° 20.417, se encuentra la del literal r) del artículo 3, para probar los *programas de cumplimiento* (en adelante “PdC”) de la normativa ambiental de conformidad a lo establecido en el artículo 42 de esta ley. A su turno, el inciso segundo del artículo 42 del mismo cuerpo legal, definió programas de cumplimiento como el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique. Este instrumento ha sido catalogado por la doctrina como un incentivo al cumplimiento ambiental pues permitiría al infractor adecuar su conducta a la normativa, haciéndose cargo de los efectos ambientales generados por la infracción, evitando con ello una respuesta sancionatoria.⁸⁰

Una vez aprobado un PdC por la SMA, la ley dispone que se suspenderá el procedimiento sancionatorio ambiental. Por el contrario, en caso de producirse el incumplimiento de las obligaciones contenidas en ese instrumento, se reiniciará el procedimiento sancionatorio, facultando al órgano sancionador para aplicar hasta el doble de la multa que correspondía a la infracción original. El

⁷⁹ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, ob. cit., p. 486.

⁸⁰ *Cfr.* PLUMER BODIN, MARIE CLAUDE; MUHR ALTAMIRANO, BENJAMÍN y ESPINOZA GALDÁMES, ARIEL, “El programa de cumplimiento: desarrollo actual e importancia del instrumento para la solución de conflictos ambientales”, *Revista de Derecho Ambiental*. Año VI, núm. 9, 2018. Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 229 y ss, <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/48549> [consulta: 14/04/2022].

Segundo Tribunal Ambiental justifica la rigurosidad de la norma, afirmando que “[...] estamos frente a un caso que tiene un reproche especial, a saber, el incumplimiento del PdC, acorde a lo señalado en el artículo 42 de la LOSMA”⁸¹

Finalmente, cabe referirse al *vínculo entre* la ponderación del grado de cumplimiento de las acciones contenidas en el PdC y la determinación de la sanción. A este respecto, el Segundo Tribunal Ambiental ha utilizado el incumplimiento “[...] como un factor de incremento de la sanción, atendido el nivel de incumplimiento de las respectivas acciones y su relevancia. Además, se debe tener presente que el artículo 42 de la Ley Orgánica de la SMA no distingue entre incumplimiento parcial y total, por lo que procede su aplicación aun en caso de cumplimiento parcial de acciones del PdC. Además, el PdC constituye un instrumento unitario que debe ser cumplido en forma íntegra [...]”⁸²

H) EL DETRIMENTO O VULNERACIÓN DE UN ÁREA SILVESTRE PROTEGIDA DEL ESTADO (ARTÍCULO 40 LETRA H)

La doctrina entiende que el “[...] detrimento se verifica cuando la infracción ha generado una afectación material del área protegida. La vulneración, por su parte, tiene lugar cuando la infracción genera riesgos ambientales”⁸³ Con relación a este criterio, el Segundo Tribunal Ambiental, pronunciándose sobre la legalidad de su aplicación, a raíz de la ausencia de la implementación de medidas de compensación comprometidas, en el contexto de la evaluación de impacto ambiental en un área silvestre, afectando con ello una especie en peligro de

⁸¹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-174-2018 (c. 77°), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁸² SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-222-2019 (c. 78°), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁸³ TEJADA CASTILLO, PABLO, “Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales”, *Revista de Derecho Ambiental*, Año VII núm. 11 (enero-junio 2019); p. 73, <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/51529> [consulta: 14/04/2022].

extinción, dispuso que la circunstancia del literal h) del artículo 40 supone la concurrencia de dos requisitos: “[...], que son: i) que se trate de un Área Protegida y ii) que haya detrimento o vulneración de la misma. En efecto, indica que la “Reserva Nacional Las Chinchillas” es un Área Protegida del Estado creada por D.S. N° 153, de 30 de noviembre de 1983, del Ministerio de Agricultura, cuyo objetivo central es la protección de la especie en peligro de extinción Chinchilla lanigera. En cuanto al detrimento, el incumplimiento de la medida de compensación por parte del MOP, durante más de 12 años, no admite duda alguna que ha afectado los objetivos fundamentales de dicha Reserva”.⁸⁴

i) TODO OTRO CRITERIO QUE, A JUICIO FUNDADO DE LA SUPERINTENDENCIA, SEA RELEVANTE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN (ARTÍCULO 40 LETRA I) DE LA LOSMA)

Este último literal atribuye una potestad discrecional para determinar los criterios que a su juicio fundado la SMA estime pertinente.⁸⁵ Adicionalmente, la Guía de BMDSA, respecto del literal i) del artículo 40 de la LOSMA señala que “[...] en virtud de esta disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios que, a juicio fundado, se estimen relevantes para la determinación de la sanción en un caso específico. Sin perjuicio de otros que pudieran presentarse eventualmente en el caso específico”.⁸⁶

En este mismo sentido y dado que los criterios no se encuentran regulados legalmente, “[...] es facultad discrecional de la SMA determinar los criterios para su configuración los cuales están señalados

⁸⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-38-2014, (c. 61°), <https://tribunambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁸⁵ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, “Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental”, en *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo*, coordinado por ARANCIBIA, JAIME y ALARCÓN, PABLO, Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 623.

⁸⁶ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, “Bases Metodológicas ...”, ob. cit., p. 45.

*en las Bases Metodológicas. Por consiguiente, inicialmente es la sujeción a esos criterios lo que permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad.*⁸⁷

A continuación, las BMDSA en su versión del año 2017, presentan criterios que han sido considerados por la SMA para la determinación de la sanción específica: i) Cooperación en la investigación y/o procedimiento; ii) Adopción de medidas correctivas; iii) Presentación de autodenuncia; iv) Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.⁸⁸ Dado lo anterior, es interesante subrayar lo resuelto en causa R-172-2018, del Segundo Tribunal Ambiental:

“Sexagésimo segundo. [...] las acciones mencionadas no constituyen un listado fijo de requisitos copulativos que deben concurrir a todo evento para que la SMA pueda disminuir el monto de la sanción, sino que más bien se trata de un catálogo ilustrativo o referencial de criterios que incidirán en la determinación de la sanción, lo que no obsta a que puedan considerarse otros criterios distintos a las mencionadas, que también sean consideradas como cooperación eficaz y puedan incidir como un criterio relevante para la determinación de la sanción”.

Una de las circunstancias que ha considerado la SMA para modular la sanción basada en este literal, es la contribución del sujeto infractor con relación al esclarecimiento de los hechos materia de la investigación. La jurisprudencia ha resuelto que la cooperación eficaz *“[...] es un criterio que busca fomentar la colaboración del regulado en el esclarecimiento de los hechos constitutivos de infracción. Tal como lo señala la SMA en sus Bases Metodológicas Para la Determinación de Sanciones Ambientales, dicha colaboración debe ser eficaz, es decir, que la información o antecedentes proporcionados permitan esclarecer la*

⁸⁷ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental. R-174-2018, (c. 123º), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁸⁸ SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, “Bases Metodológicas...”, ob. cit., p. 45-49.

existencia, circunstancias, o efectos de la infracción, así como la identidad de los responsables, el grado de participación, el beneficio económico obtenido por la infracción y toda otra información relevante o de interés, según corresponda".⁸⁹ Cabe hacer presente que, para su aplicación, no es necesario que el infractor admita plena responsabilidad respecto de los hechos, como de su calificación.⁹⁰

VIII. CONCLUSIONES

- 1) El ejercicio de la potestad sancionatoria por la SMA requiere la aplicación de lo dispuesto en los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 de la LOSMA. Este último artículo regula las circunstancias que la SMA debe considerar para la determinación específica de la sanción.
- 2) Con todo, la ley no prevé un orden de prelación o preferencia entre estas circunstancias, de modo que la SMA deberá imponer sanciones de acuerdo con los antecedentes del caso concreto, mediante un acto fundado y debidamente motivado (R-6-2013; R-7-2013 y R-8-2013, acumuladas; R-128-2016; R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas); R-193-2018; R-191-2018).
- 3) El ámbito de *discreción* de la SMA reside, por una parte, en la decisión acerca del tipo de infracción de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 36 de la LOSMA y, por otra, en la aplicación de las circunstancias de los artículos 39 y 40 del mismo cuerpo legal.
- 4) La fundamentación permite garantizar la proporcionalidad de la sanción, así como una adecuada defensa al sancionado y la posterior revisión judicial del acto sancionatorio.

⁸⁹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-128-2016 (c. 57°), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

⁹⁰ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. R-174-2018 (c. 125°), <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/sentencias/> [consulta: 14/04/2022].

- 5) Las BMDSA tienen el objetivo de elaborar detalladamente los criterios que ha utilizado la SMA para la determinación de las sanciones, poniendo a disposición de las partes los lineamientos y principios que la SMA tiene como parámetros dentro del marco de su potestad sancionatoria.
- 6) La fundamentación de la aplicación o rechazo de determinadas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA es susceptible de revisión por el Tribunal Ambiental (R-193-2018).
- 7) El catálogo de criterios de ponderación de las sanciones del artículo 40 debe tender a materializar el principio de proporcionalidad (SCS rol N° 41.815–2016). Interpretadas estas circunstancias a la luz del principio de proporcionalidad, ellas permiten que la sanción del caso concreto se adecúe a los elementos que rodearon el hecho infraccional. La destacada relevancia de este principio no impide que las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA puedan, a su vez, relacionarse con otros principios como los de igualdad y no discriminación.
- 8) Las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA solamente podrán ser aplicadas al momento de vincular la infracción determinada con la sanción específica que le corresponda (R-48-2014; R-49-2014; R-64-2015 y R-65-2015, acumuladas).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, PABLO ANDRÉS: *Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia chilena*, Santiago: Lexis Nexis. 2000.

AVILÉS, SEBASTIÁN; NÚÑEZ, MÁXIMO y VILLANUEVA, JOSÉ: “El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental*. 2017, núm. 17, pp. 177-196.

BERMÚDEZ SOTO, JORGE: *Fundamentos de Derecho ambiental*, 2ª edición, Valparaíso: Ediciones Universidad de Valparaíso, 2014, 556 pp.

——— “Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental”, en *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Adminis-*

- trativo*, coordinado por ARANCIBIA, JAIME y ALARCÓN, PABLO, Santiago: Thomson Reuters. 2014.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE: “Historia de la Ley N° 20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente”.
- CORDERO QUINZACARA, EDUARDO: “Derecho Administrativo Sancionador”, 1ª edición, Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- CORDERO VEGA, LUIS: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª edición, Santiago: Thomson Reuters, 2015.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL: “Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, 2000, vol. 27, N° 2, pp. 357-371.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, ROSA FERNANDA: “Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración”, *Ius et Praxis*, vol. 26, núm. 2.
- “Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, 2018, vol. 45, núm. 2.
- GUILOFF TITIUN, MATÍAS; SOTO DELGADO, PABLO: “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en JUAN CARLOS FERRADA *et al.* (ed.): *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters, 2015.
- IZQUIERDO CARRASCO, MANUEL: “La determinación de la sanción administrativa”, *Justicia Administrativa*, Revista de Derecho administrativo, Extra 1, 2001.
- MÉNDEZ, PABLO: “La precariedad del contencioso ambiental”, *Revista Ius et Praxis*, 2018, año 24, núm. 3.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO: “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en CARBONELL, MIGUEL (coordinador): *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago: Librotecnia, 412 pp.
- PLUMER BODIN, MARIE CLAUDE; MUHR ALTAMIRANO, BENJAMÍN y ESPINOZA GALDÁMES, ARIEL: “El programa de cumplimiento: desarrollo actual e importancia del instrumento para la solución de conflictos ambientales”, *Revista de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2018, Año VI, núm. 9, pp.
- RAINER, ARNOLD y otros: “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, 2012, pp. 65-116.

SOTO DELGADO, PABLO: “Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental”, en *Anuario de Derecho Público*, 1ª edición, Santiago: Universidad Diego Portales, 2016.

————— “Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental”, *Ius et Praxis*, 2016, vol. 22, núm. 2.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE: *Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales*, 2017.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE: Resolución Exenta N° 85 de fecha 22 de enero de 2018. Aprueba bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales - actualización, de la Superintendencia del Medio Ambiente y revoca resolución que indica.

TEJADA CASTILLO, PABLO: “Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales”, *Revista de Derecho Ambiental*, (enero-junio 2019), Año VII núm. 11, pp. 56-87.

VERGARA BLANCO, ALEJANDRO: “Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador”, *Revista de Derecho*, 2004, Universidad Católica del Norte, año 11, núm. 2.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA: Rol N° 17.736-2016, sentencia de reemplazo, de 13 de marzo de 2016 (c. 16° y 17°).

CORTE SUPREMA: Rol N° 25.931-2014, de 4 de junio de 2015, sentencia de reemplazo c. 1°, que acogió el recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la sentencia de la causa R-23-2014 del Segundo Tribunal Ambiental.

CORTE SUPREMA: Rol N° 7315-2015, de 14.12.2015 (c. 10°).

CORTE SUPREMA. Sentencia dictada en los autos Rol N° 41.815-2016.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-128-2016 (c. 52°), R-174-2018, (c. 70°), R-196-2018 (c. 50°), R-195-2018 (c. 90°).

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 114°). Así también, en la causa R-48-2014 (R-49-2014, R-64-2015 y R-65-2015 acumuladas) (c. 25°) (caso “Proyecto Minero Caserones”).

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-128-2016 (c. 72°).

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-128-2016 (c. 57°).

- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-140-2016 (c. 124º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-174-2018 (c. 77º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-174-2018 (c. 125º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-208-2019 (c. 2º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-208-2019, c. 97º.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-222-2019 (c. 39º) (caso “Fábrica de Alimentos Quinta”), R-196-2018 (c. 28º); R-206-2019 (c. 91º) (caso “Agrícola Santis Frut”) y R-208-2019 (c. 3º) (caso “Olivares de Quepu”).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-222-2019 (c. 78º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-26-2014 (c. 33º) (caso “Instalación de planta procesadora de productos del mar”).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-33-2014 (c. 62º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-33-2014 (c. 62º); R-82-2015 (c. 52º); R-128 (c. 23º) y R-172-2018 (c. 43º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-33-2014, (c. 80º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-33-2014, de 30 de julio de 2015.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-38-2014, (c. 61º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-38-2014, de 7 de mayo de 2015.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-48-2014 (R-49-2014; R-64-2015 y R-65-2015 acumuladas).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 115º), R-33-2014 (c. 62º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 116º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 114º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 151º); R-128-2016 (c. 51º); R-33-2014 (c. 81º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 158º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas) (c. 170º), R-48-2014 (c. 89º), R-128-2016 (c. 73º).
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-58-2015, de 15 de octubre de 2015.

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: Reclamación R-51-2014 (R-55-2014 y R-71-2015 acumuladas). (c. 116°).

SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA: Rol 41.815-2016, de 1 de marzo de 2017, considerando quincuagésimo octavo, que resolvió rechazar los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en contra de la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa R-51-2014(R-55-2014 y R-71-2015).

SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA: Rol N° 79.353-2020 de fecha 26 de abril de 2021, (c. 16°), que resuelve los recursos de casación interpuestos en contra de la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental R-196-2018.

SENTENCIA DEL SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-174-2018, (c. 123°).

SENTENCIA DEL SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: R-33-2014, (c. 76°).

SENTENCIA DEL SEGUNDO TRIBUNAL: R-6-2013 de fecha 3 marzo de 2014. Corte Suprema Rol N° 11.600-2014, de fecha 30 de diciembre de 2014, que anula de oficio la resolución que acepta la comparecencia de la Compañía Minera Nevada SpA como tercero coadyuvante de la Superintendencia del Medio Ambiente, y todas las que deriven, en tanto han sido causadas y se relacionen con la atribución de la Compañía en calidad de parte–tercero coadyuvante– en la causa.

SENTENCIA DICTADA EN LA CAUSA Rol R-23-2015, de 26 de mayo de 2016, (c. 77°) del Tercer Tribunal Ambiental (confirmada por la Excma. Corte Suprema en causa Rol 38340-2016) y la sentencia de la causa R-5-2018, de 16 de septiembre de 2020, (c. 241°) del Primer Tribunal Ambiental.

SENTENCIA EXCMA. CORTE SUPREMA: Rol N° 61.291 - 2017, (c. 19°).

SENTENCIA EXCMA. CORTE SUPREMA: Rol N° 61.291 - 2017, (c. 19°).

SENTENCIA SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: Rol R-208-2019 (c. 18° y c. 21°).

SENTENCIA SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: Rol R-208-2019 (c. 51°).

SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° 792-07 (c. 16°).

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, STC 76/1990 de 26 de abril de 1990, considerando sexto letra a.

SENTENCIAS DEL SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: Reclamaciones R-58-2015 (c. 44°), R-33-2014 (c. 61°), R-128-2016 (c. 28°).

CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS: APLICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA

ROSA FERNANDA GÓMEZ GONZÁLEZ*

I. ASPECTOS GENERALES¹

La discrecionalidad administrativa es uno de los temas de mayor complejidad en el Derecho administrativo general,² más difícil aún

* Abogada, Doctora en Derecho. Investigadora y Profesora de Derecho Administrativo, Universidad de Los Andes, Chile. Correo electrónico: rgomez@uandes.cl, <https://orcid.org/0000-0003-4769-6749>. Publicaciones: (2020) “Mecanismos generales y especiales de revisión de las sanciones administrativas”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 23 N° 1, pp. 231-251; (2019) “Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile”, en *Revista de Derecho del Estado* (Colombia), N° 24, septiembre-diciembre, pp. 361-384; (2018) “Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45 N° 2, pp. 531-544; (2017) “La potestad normativa sancionadora municipal. Análisis de la operatividad del principio de legalidad”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 23 N° 2, pp. 485-506; (2016) “Rol e importancia de las leyes de bases en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 29 N° 2, pp. 213-228, entre otras.

¹ Agradezco a Joaquín Schäfer por su apoyo en la revisión de este trabajo. Sus comentarios y observaciones fueron sumamente oportunos y útiles para concluir esta investigación.

² En este sentido véase a SOTO KLOSS, E., *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, 3ª edición, Santiago: Legal Publishing, 2012, pp. 359-364. Por su parte, Luis Cordero señala que una de las visiones que en Derecho administrativo existe respecto de la discrecionalidad la mantiene bajo “[...] una permanente sospecha, pues a través de su ejercicio es posible que el Estado actúe de un modo contrario a los derechos de las personas, de manera que todo el sistema debe construirse para acotar y anular el ejercicio de dicha potestad”, en CORDERO VEGA, L. *Lecciones de*

tratándose de sanciones administrativas, al punto que en algunos casos se ha sostenido su rechazo o una notable reducción.³

El carácter desfavorable de las sanciones, homologable a las penas y, por lo tanto, a la estricta legalidad, permite explicar en alguna medida este rechazo a la discrecionalidad. Asimismo, también contribuye la sinonimia entre discrecionalidad y arbitrariedad, en circunstancias que solo el ejercicio abusivo de la primera dará lugar a la segunda.⁴

Otra razón se encuentra en la preeminencia de la ley. Los operadores jurídicos, y con justa razón, están convencidos de que solo la ley puede y, en cierta manera, debe anticipar las consecuencias jurídicas para la multiplicidad de supuestos de hecho a que puede

Derecho Administrativo, Santiago: Abeledo Perrot - Thomson Reuters, 2015, p. 83. Asimismo, sobre la materia en el derecho comparado se puede ver discusión entre FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Madrid: Civitas, 1991, y PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid: Tecnos, 1993.

³ En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español considera que la función sancionadora de la Administración no es una potestad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de normas, lo cual permite un control total del supuesto de hecho que, en cada caso particular, es objeto de enjuiciamiento, control que, por lo general, se efectúa a través del principio de proporcionalidad. Al efecto se pueden ver las sentencias del TS de 20 de marzo de 1979, Ar. 680; de 2 noviembre y 23 de diciembre de 1981, Ar. 4720 y 5453; de 3 de febrero de 1984, Ar. 1027; y de 19 de abril de 1985, Ar. 1713. Según lo sostiene la doctrina, se trata de una línea jurisprudencial constante, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, reimpresión, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1992, p. 218.

⁴ No todo ejercicio de un poder discrecional dará lugar a la arbitrariedad, sino que solo un ejercicio abusivo e injustificado de aquel (el poder discrecional) puede originar aquella (la arbitrariedad), de esta forma, cabe tener presente que todo acto administrativo es impugnabile ante los tribunales, inclusive aquellos dictados en atención a una potestad discrecional, por lo cual, su motivación cumplirá un rol esencial. Sobre el particular, Alejandro Nieto señala que la Administración puede ejercer a gusto sus potestades discrecionales, pero debe tener presente que posteriormente deberá rendir cuentas de sus actos ante los tribunales, los cuales revisarán, en su caso, la legalidad o arbitrariedad de la decisión, en NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel, 2000, p. 360.

dar lugar la realidad. En tal sentido, la notoria influencia que han desarrollado los principios de legalidad y de seguridad jurídica, han hecho que la supremacía de la ley sea un dogma casi absoluto,⁵ sin embargo, la superioridad o imperio de la ley, sustentada en su suficiencia y completitud, debe ser observada en términos relativos.

Al efecto, las exigencias de abstracción y generalidad que debe reunir la ley⁶ son un imperativo atendida la infinidad de supuestos de hecho a que puede dar origen la realidad.

Por su parte, es una quimera sostener que la regulación legal posee tal nivel de perfección y claridad que a la autoridad llamada a aplicarla solo le cabe un ejercicio de cognición (verificador de una realidad determinada) o de subsunción (relación lógica entre la norma y el hecho).

Además, es preciso tener presente las complejidades propias del lenguaje utilizado por las normas, el cual, con sus características de vaguedad, ambigüedad y textura abierta, contribuyen a generar zonas de incertidumbre, influyendo en el proceso interpretativo que deben llevar a cabo tanto funcionarios, como jueces.⁷

Enseguida, cabe destacar que aun cuando se ha cuestionado la

⁵ Al respecto resulta pertinente el análisis que Nieto realiza al paradigma tradicional existente en torno a la legalidad, en NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel, 2000, p. 26 y ss.

⁶ Cea Egaña señala que las leyes tienen que estatuir las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, dejando a la potestad administrativa algún ámbito de indeterminación, por pequeño que sea. En este aspecto, si bien el legislador ha de ser claro y preciso en los preceptos generales que dicta, también lo es que en el nivel siguiente, esto es, el administrativo, es donde recae la tarea de ejecutar los mandatos del legislador, en CEA EGAÑA, J. L., “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*. 1984, vol. 11, p. 13. Véase: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649478> [consulta 10 de abril de 2022].

⁷ CASSAGNE, J. C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 2ª segunda edición, Buenos Aires - Montevideo: B. de F., 2016, pp. 236 y 238. En Chile se puede ver a ARÓSTICA MALDONADO, I. “Sanciones y restricciones administrativas”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 2016, N° 9, pp. 15 y ss. Véase: <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/380> [consulta 10 de abril de 2022].

forma en que han sido conferidas ciertas potestades discrecionales para la aplicación de sanciones, el legislador continúa estableciendo ámbitos de actuación y de decisión al órgano administrativo, como aconteció en materia financiera.⁸

Sin cuestionar la importancia de la ley como fuente del derecho y la significancia que tiene en el ámbito administrativo sancionador —toda vez que hay elementos de la potestad que, necesariamente, deben estar establecidos a nivel legal, como la infracción y su sanción—, cabe destacar que en este ámbito las potestades regladas no tienen un predominio absoluto, sino que, conforme con el principio de legalidad, es perfectamente posible que la norma contemple elementos reglados como discrecionales.

De esta manera, la vigencia del principio de legalidad en materia sancionadora admite ciertos márgenes de discrecionalidad, sujetos a los principios que informan un Estado de Derecho. La dinámica y compleja realidad que debe enfrentar la autoridad, junto con la necesidad de adoptar e implementar decisiones de política pública, justifican la existencia de un margen de acción que le permita ejercer su poder represivo, ponderando las circunstancias y los fines de interés público que se deben alcanzar en cada caso en concreto.

II. EL TRATAMIENTO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL EJERCICIO DE PODERES PUNITIVOS

Se encuentra fuertemente arraigada la idea de que la potestad sancionadora de la Administración no puede admitir espacios de

⁸ Si bien la Ley N° 21.000 incorporó criterios para la determinación del rango y del monto específico de las sanciones de multas (artículo 38), dispuso en los numerales 2 de sus artículos 36 y 37 que la autoridad seleccionara algunas de las alternativas para establecer la forma de calcular las mismas, a saber, hasta: a) La suma de 15.000 unidades de fomento; b) El 30 % del valor de la emisión, registro contable u operación irregular o, c) El doble de los beneficios obtenidos producto de la emisión, registro contable u operación irregular.

discrecionalidad,⁹ toda vez que se trataría de poderes que importan una significativa restricción a los derechos de los sujetos infractores.

Con todo, paulatinamente la doctrina nacional ha venido reconociendo la existencia y la necesidad de discrecionalidad en el ámbito de las sanciones administrativas,¹⁰ siendo una de sus principales preocupaciones no solo su atribución, sino la forma de su ejercicio y posterior control.¹¹

⁹ Por ejemplo, así lo sostuvo la connotada abogada Olga Feliú respecto de la sentencia del TC Rol N° 2.922-2015, que declaró inaplicable el inciso 1° del artículo 29 del DL N° 3.538, por carecer de criterios para determinar la sanción de multa en el caso específico. Véase: <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2016/10/655-699361-9-olga-feliu-abogada-el-superintendente-tiene-una-potestad-que-no-es-discrecional.shtml> [consulta 1 de octubre de 2017].

¹⁰ Así, parte de la doctrina ha afirmado que “Evitar la discrecionalidad administrativa de una cohorte sancionatoria tiene sentido en el ámbito penal, pero no lo tiene en el ámbito administrativo”, en LETELIER WARTENBERG, R., “Un paso adelante de la Corte Suprema, dos pasos atrás del Tribunal Constitucional: garantías penales y sanciones administrativas, en *El Mercurio Legal*, de 2 de diciembre de 2016, disponible, en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/12/02/Un-paso-adelante-de-la-Corte-Suprema-dos-pasos-atras-del-Tribunal-Constitucional-garantias-penales-y-sanciones-administrativas.aspx> [consulta el 30 de junio de 2018].

¹¹ Uno de los primeros en tratar el tema en Chile fue Iván Aróstica, quien señaló que, en el contexto del proceso de descriminalización de ciertos delitos y su posterior conversión en infracciones administrativas, el legislador le encomendó a los órganos públicos potestades discrecionales para aplicar una sanción o medida administrativa, proceso que él denominó “administrativización del castigo”, enseguida, agrega el autor que, para cautelar los derechos de los terceros que puedan ser afectados a raíz del ejercicio arbitrario de potestades sancionadoras, existen dos mecanismos que limitan el actuar de la Administración: a) las pautas o indicios de razonabilidad preconfiguradas por el legislador, y b) la prudencia impuesta por el juez, en ambos ámbitos destaca la importancia del principio de proporcionalidad para limitar la discrecionalidad concedida a la Administración para establecer el *quantum* de la sanción (que para él sería la única instancia discrecional efectiva en la materia), en ARÓSTICA MALDONADO, I., “El Derecho Administrativo Sancionador y la proporcionalidad de los actos administrativos (un asunto de justicia distributiva)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 1987, vol. 84, N° 3, pp. 109-125. La noción de discrecionalidad en esta materia fue reiterada posteriormente por el autor al señalar que las

La discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es un asunto que presenta escasa investigación científica y respecto de la cual existe un rechazo generalizado, aun cuando se empleen conceptos jurídicos indeterminados valorativos.¹² La discusión en torno a la existencia de discrecionalidad en el orden sancionatorio no es un tema nuevo, por ejemplo, en el derecho español García de Enterría y Fernández señalaron que, hasta la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, los actos administrativos sancionatorios se calificaban de actos políticos o discrecionales excluidos del

sanciones forman parte de una pluralidad de poderes punitivos entregados a la discrecionalidad de la Administración, en ARÓSTICA MALDONADO, I., “Un lustro de sanciones administrativas (1988-1992)”, en *Revista de Derecho Público*, 1991, Nº 50, pp. 173-195. Véase: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43517> [consulta 10 de abril de 2022].

Años más tarde, el tema de la existencia de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora comenzaría a ser tratado en el ámbito sectorial, como un mecanismo necesario para racionalizar su aplicación y cumplimiento de los fines públicos del órgano, *v. gr.* en GUILLOFF TITIUN, M. y SOTO DELGADO, P., “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2015, p. 115; SOTO DELGADO, P., “Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental”, en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2016, pp. 374-407 véase https://www.researchgate.net/publication/308020278_Determinacion_de_sanciones_administrativas_disuasion_optima_y_confinamiento_de_la_discrecionalidad_del_regulador_ambiental [consulta 10 de abril de 2022], y HUEPE ARTIGAS, F., El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración. Su control a través del principio de razonabilidad, en *Sanciones Administrativas*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2014, pp. 168-186. Si bien se trata de una cantidad de doctrina relativamente escasa, destaca en toda ella el reconocimiento que se hace de la discrecionalidad tratándose del ejercicio de la potestad punitiva, situando el punto de discusión en su adecuado ejercicio y en la necesidad de un control judicial posterior.

¹² BAÑO LEÓN, J. M., La discrecionalidad administrativa en las sanciones del Derecho de la Competencia, en *Estudios sobre la potestad sancionadora en el Derecho de la Competencia*, Madrid: Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 468.

control contencioso.¹³ Posteriormente, la jurisprudencia constitucional reconocía la posibilidad de que el legislador estableciera márgenes más o menos amplios de discrecionalidad para imponer sanciones, aunque para ello era necesario grados de definición concretos.¹⁴

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, 12ª edición, Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2011, p. 173. Según los autores, este problema de articulación técnico-jurídica fue posteriormente modificado, puesto que no habría sanción discrecional posible, atendida la necesidad de su previsión legal y por su referencia necesaria a un supuesto de hecho específico que, en su mayor indefinición posible, siempre sería delimitable como un concepto jurídico indeterminado. No obstante coincidir con el control judicial propuesto por los autores, el asunto relativo a la discrecionalidad administrativa no se agota en la previsión legal de la sanción y el supuesto de hecho que dará lugar a ella, sino que es un fenómeno más extenso y complejo.

De manera previa a estos autores, y como prueba de lo que ellos señalan, Villar Palasí daba cuenta de que en España la multa (policial) implicaba una actuación de carácter discrecional. Este autor, haciendo referencia a la jurisprudencia, señala que, frente a la existencia del poder sancionador, la Administración era libre de actuarlo o no en el caso concreto de una infracción administrativa (S. de 10 de octubre de 1930). Asimismo, los Ayuntamientos (S. de 22 de abril de 1930), en materia de policía urbana, tenían facultades discrecionales, salvo que infrinjan preceptos legales. Según lo indica el autor, la jurisprudencia fundamentaba esta discrecionalidad dado que se trataba de actos de gobierno (S. de 30 de junio de 1932, de 11 de octubre de 1900 y de 13 de abril de 1908). Ahora bien, dicha discrecionalidad no exonera de la obligación de seguir el procedimiento sancionador establecido por la Ley, de tal modo que si se infringió la norma de procedimiento debe anularse la sanción de multa (S. de 20 de octubre de 1932). Por último, el autor destaca la necesaria motivación del acto sancionador para efectos de abrir la posibilidad al recurso jerárquico (S. de 16 de noviembre de 1933), en VILLAR PALASÍ, J. L., “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, en *Revista de Administración Pública*. 1955, vol. 16, pp. 32 y 33. Véase: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112027> [consulta 10 de abril de 2022].

¹⁴ Para el Tribunal Constitucional español es necesario en estos casos concretar la relación entre las infracciones y las sanciones. Así lo sostuvo a propósito de la aplicación del artículo 57 del antiguo Estatuto de los Trabajadores, en donde se indicó que el legislador podía dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial y administrativa, pero en modo alguno podía quedar encomendada por entero a ella, *vid.* sentencia del TCE 207/1990, de 17 de diciembre, recurso de amparo. Aunque, en otros casos se ha indicado que la configuración de una

El planteamiento de una regulación totalmente reglada del ejercicio de la potestad sancionadora no es sostenible, no solo por la dificultad práctica que ello significaría para la actividad administrativa y judicial, sino también por los riesgos que el legalismo podría generar en el sistema represivo, principalmente, en lo que dice relación con la rigidez y la falta de adaptabilidad a situaciones concretas. En definitiva, lo que se busca es trasladar el poder de decisión desde el legislador a la Administración (delegación), para que se adopten medidas dentro de los fines que comprende la programación legislativa. Es decir, se trata de establecer un proceso racional destinado a dar cumplimiento y eficacia a un cierto ámbito regulatorio.

En consecuencia, el establecimiento de márgenes de discrecionalidad en el ámbito administrativo sancionador constituye una manifiesta necesidad para el adecuado y correcto ejercicio de dicha potestad. De allí que el legislador la configura mediante el uso de diversas técnicas en ciertas instancias o momentos dentro de un procedimiento sancionatorio, como al inicio o en la etapa final del mismo.¹⁵

Ahora bien, cabe reiterar que la existencia de discrecionalidad en este ámbito no la convierte en una “potestad arbitraria”,¹⁶ como lo ha indicado en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional¹⁷

potestad discrecional sería inconstitucional por vulneración al principio de pre-determinación de la sanción, si la ley no contempla criterios para su graduación, véase la sentencia del TCE 14/1998, de 21 enero, fj. 10º.

¹⁵ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa en la imposición de sanciones”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2010, pp. 341 y 342.

¹⁶ Al hacer sinónimos arbitrariedad y discrecionalidad, traslada a esta última a un ámbito negativo.

¹⁷ En efecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional, rol Nº 2.922-2015, 29 de septiembre de 2016, c. cuadragésimo noveno, el Tribunal señala que el precepto allí recurrido, produce efectos contrarios a la Constitución, en específico “[...] al principio de proporcionalidad, desde que su materialización fáctica no se sustenta sobre la base de criterios de razonabilidad (objetivos y ponderados) que permitan determinar por qué se ha impuesto una determinada sanción, e incluso,

sino, por el contrario, la configuración discrecional del poder represivo permite a la autoridad ajustar su ejercicio a las particulares circunstancias que rodean la situación fáctica que debe resolver. En otras palabras, es precisamente la discrecionalidad la que permite al órgano administrativo ejercer razonablemente sus atribuciones sancionadoras.

III. RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

En cuanto a la determinación de la sanción, objeto de este análisis, aparecen posiciones contrapuestas. Así, para algunos se trataría de un supuesto de discrecionalidad débil o instrumental, conforme al cual la Administración posee un margen de apreciación de carácter eminentemente jurídico para aplicar un criterio o un concepto jurídico, aun cuando sea indeterminado.¹⁸ Para otros, la singularización por parte del órgano competente, es una potestad esencialmente discrecional que comporta no solo una labor de concreción de elementos normativos, sino también comprende la apreciación de las circunstancias de hecho y del sujeto que todavía no han sido valoradas en otras fases.¹⁹ Así como también hay quienes critican

por qué un porcentaje específico y no otro”. Agrega que la disposición impugnada impone una potestad discrecional arbitraria que “[...] no se compadece con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho, que permitan fundamentar la decisión y, luego de una detallada subsunción de los hechos al derecho, señalar de manera lógica y precisa cuál es la razón del *quantum* de la sanción, cumpliendo así con los presupuestos de un debido proceso administrativo”.

¹⁸ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa en la imposición de sanciones”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2010, pp. 344 y ss.

¹⁹ IZQUIERDO CARRASCO, M., “La determinación de la sanción administrativa”, en *Justicia Administrativa*, Revista de Derecho Administrativo (ejemplar dedicado a: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador), 2001,

la constitucionalidad de las normas que permiten que la autoridad pueda graduar sanciones.²⁰

La posición que se sigue es aquella que estima que en la etapa resolutoria la Administración ostenta potestades discrecionales que implican fundamentalmente que debe decidir el tipo de sanción a imponer y, en su caso, la entidad de la medida.

Sobre este punto, y como ocurre en general en el Derecho administrativo sancionador, las disposiciones sectoriales regulan de diferente manera esta instancia procedimental. Sin embargo, es común en todas ellas que el establecimiento de una medida represiva lo sea acorde a la gravedad de la infracción, dentro de un catálogo de sanciones y conforme a ciertos criterios, todo ello mediante un acto terminal debidamente motivado.

Como se puede apreciar, la determinación de la sanción concreta no se encuentra preconfigurada por la norma, toda vez que no existe una fórmula matemática que permita a la autoridad aplicar frente a la ocurrencia del ilícito X la sanción Y.²¹ Es la Administración quien debe justificar, con razones atendibles, dentro del catálogo de sanciones

Número Extraordinario 1, p. 252. Véase: https://www.academia.edu/39248206/La_determinación_de_la_sanción [consulta 10 de abril de 2022].

²⁰ En este sentido se puede ver a Miguel Casino, quien critica este supuesto desde la perspectiva de la atribución legal de la misma, haciendo referencia a aquella jurisprudencia constitucional que señala que “[...] resulta compatible con la garantía del principio de legalidad sancionadora que el legislador atribuya discrecionalidad a la Administración dentro de unos límites para concretar el alcance o importe de la sanción” (sentencia TCE 175/2012, de 15 de octubre, fj. 3), en CASINO RUBIO, M., “La potestad sancionadora de la administración y vuelta a la casilla de salida”, en *Documentación Administrativa*, 2015, Nº 2. Véase: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5208679> [consulta 10 de abril de 2022].

²¹ En este sentido Alejandro Nieto señala que la legalidad rigurosa no anula el núcleo voluntarista de la resolución sancionadora, la que dista de ser el resultado de una operación mecánica. Cuando la ley no establece automáticamente una sanción concreta se pone en marcha la facultad discrecionalidad aplicativa de la Administración, en NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Madrid: Tecnos, 2012, pp. 510 y 519.

previsto en la ley,²² observando los criterios predefinidos en la misma e integrando los elementos que concurren a la situación concreta, cuál será su determinación final.²³ La calificación que relaciona la infracción con su correspondiente sanción se difiere a la etapa final del procedimiento, momento en el cual se debe recurrir a diversos criterios orientativos. Ello, sin lugar a dudas, constituye el ejercicio de una potestad discrecional.²⁴

IV. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA: CRITERIOS PARA LA FIJACIÓN DE LA SANCIÓN CONCRETA

La mayoría de las regulaciones recientes contemplan un catálogo de infracciones las que, en términos generales, son clasificadas según su gravedad en: gravísimas, graves o leves. Asimismo, de acuerdo con su gravedad, la ley establece las sanciones que podrán aplicarse, así como los rangos para su aplicación. Por su parte, para la determinación concreta de la sanción, las normas sectoriales disponen de un conjunto de criterios destinados a orientar dicha

²² No está de más recordar que la Administración no puede imponer cualquier tipo de sanción, sino que se debe sujetar al catálogo previamente dispuesto por el legislador (existente al momento de cometida la infracción), en CARRETERO PÉREZ, A. y CARRETERO SÁNCHEZ, A., *Derecho administrativo sancionador*, 2ª edición, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, p. 186.

²³ Esto quiere decir que la discrecionalidad administrativa debe ser despejada sensatamente, atendiendo a las circunstancias que la misma ley contempla en cada sector sancionatorio, OSSA ARBELÁEZ, J., *Derecho administrativo sancionador, una aproximación dogmática*, 2ª edición, Legis, Madrid, 2009, pp. 420-421.

²⁴ SANZ RUBIALES, I., “Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad”, en *Revista de Administración Pública*, 1999, Nº 148, p. 371, e IZQUIERDO CARRASCO, M., “La determinación de la sanción administrativa”, en: *Justicia Administrativa*, Revista de Derecho Administrativo (ejemplar dedicado a: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador). 2001, Número Extraordinario 1, pp. 252 y ss. Véase: https://www.academia.edu/39248206/La_determinación_de_la_sanción [consulta 10 de abril de 2022].

labor,²⁵ los cuales tienen por objeto situar a la sanción en un punto específico dentro de un determinado rango. En pronunciamientos recientes, el Tribunal Constitucional ha declarado que estos criterios operan como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, siendo acorde con el principio de proporcionalidad que el legislador los establezca en la norma sancionadora respectiva, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular.²⁶

²⁵ *V. gr.* trascendencia del daño causado o del peligro ocasionado, ganancia obtenida con la infracción, grado de voluntariedad, su condición o no de reincidente, el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, la capacidad económica del infractor, entre otras. Aunque es usual que se deje abierta la posibilidad a todo otro criterio que, a juicio fundado de la Administración, sea relevante para la determinación de la sanción. Estos criterios admiten diversas clasificaciones, así, se pueden distinguir entre aquellos que agravan o atenúan la sanción o entre aquellos que atienden a la infracción o aquellas que están al comportamiento del infractor. Un análisis de algunos de estos criterios se puede revisar en BERMÚDEZ SOTO, J., *Derecho administrativo general*, 3ª edición, Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters - La Ley, 2014, pp. 350 y ss. y en OSORIO VARGAS, C. *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2016, pp. 447 y ss.

En algunos casos, ya sea que existan o no criterios legales de determinación de sanción, las autoridades han establecido normas internas que limitan su ejercicio, por ejemplo, la SMA, mediante la resolución exenta N° 1.002, de 2015, aprobó el documento denominado “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales” (texto disponible, en <http://www.sma.gob.cl/index.php/noticias/comunicados/618-sma-publica-bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones>), el que posteriormente fue revocado por la resolución exenta N° 85, de 2018, a través de la cual se aprobó un nuevo documento denominado “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización” (disponible, en <http://www.sma.gob.cl/index.php/noticias/comunicados/905-sma-realiza-lanzamiento-de-la-publicacion-de-sus-bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones-actualizacion-2017-con-gran-audiencia> (última visita ambos sitios el 28 de marzo de 2018)). Otro ejemplo, lo brinda el Instituto de Salud Pública, quien a través de la resolución exenta N° 1.787, de 2012, dispuso de un conjunto de criterios destinados a establecer la intensidad de la sanción. Asimismo, la Dirección del Trabajo, el Servicio de Impuestos Internos, la Superintendencia de Educación, también han dispuesto catálogos de criterios.

²⁶ Tribunal Constitucional, rol N° 946-2007, 1 de julio de 2008, c. vigésimo primero.

Ante la ausencia de disposiciones de tal naturaleza, la jurisprudencia administrativa ha entendido que habría cierto margen de discrecionalidad en la determinación de la sanción, mas no en la existencia de la infracción.²⁷ En definitiva, la resolución sancionadora debe expresar los motivos o fundamentos de la decisión adoptada. En todo caso, los órganos de revisión tienen que aplicar las técnicas del control de la discrecionalidad, especialmente, el principio de proporcionalidad.

Por consiguiente, en relación con las sanciones, debemos considerar tres puntos centrales: a) el monto de las multas; b) los criterios para su determinación, y c) la metodología para aplicación de la sanción.

I. LA MULTA COMO SANCIÓN POR ANTONOMASIA Y LA DETERMINACIÓN DE SU MONTO

La multa es aquella sanción administrativa que impone al infractor una obligación de pagar, dentro de un determinado plazo, una cantidad determinada de dinero a la Administración.²⁸ Constituye la sanción

²⁷ Así ha señalado que “[...] acreditada una infracción a los deberes y obligaciones en el proceso sumarial respectivo, se configura la responsabilidad administrativa, la que debe dar lugar a la aplicación de una medida disciplinaria. Es decir, la discrecionalidad de que goza la autoridad en quien se radica la potestad disciplinaria, no consiste en que pueda libremente determinar si aplica una sanción o absuelve, no obstante, estar fehacientemente acreditada la falta, sino que ello dice relación con la medida específica a aplicar o la decisión a adoptar, pero siempre atendiendo al mérito del proceso y a las circunstancias atenuantes y agravantes que puedan concurrir”, véase dictámenes de Contraloría General de la República N° 12.751, de 2005; 40.792, de 2009, 74.523, de 2010, entre otros. En el mismo sentido, se ha señalado que “[...] por muy amplia que sea la discrecionalidad otorgada a un órgano de la Administración, ella siempre deberá ejercerse de un modo racional y razonado, esto es, dando debida cuenta de los motivos que fundamentan la decisión adoptada”, en dictamen N° 39.348, de 2007.

²⁸ CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, Madrid: Lefebvre, 2018, p. 125.

más frecuente en el ámbito administrativo sancionador²⁹ de modo que la multa puede ser calificada como la sanción administrativa por antonomasia o prototípica.

En efecto, la medida sancionatoria administrativa por excelencia es la multa, la cual puede ser fija o variable.³⁰ Conforme con este último supuesto el legislador puede establecer la multa bajo fórmulas “pendulares” (multa entre ciertos máximos y mínimos)³¹ o en términos “porcentuales” (porcentaje de una determinada magnitud, sea el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada u otras).³² En ambos supuestos, se genera un problema en torno a su determinación concreta, abriendo un margen a la discrecionalidad.

Por ello, el legislador ha establecido diversos criterios o parámetros que ayudan a que la Administración aplique la medida, los cuales han sido considerados esenciales por el Tribunal Constitu-

²⁹ LOZANO CUTANDA, 2009, pp. 489-540, CASINO RUBIO, M., *El concepto constitucional de sanción administrativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 160 y ss. Para este último autor, no hay más sanción administrativa que la multa.

³⁰ CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, Madrid: Lefebvre, 2018, p. 125.

³¹ A nivel comparado se discute qué multa se debe aplicar en aquellos casos en que la ley contempla un tope máximo de multa para cada tipo de infracción conforme a su gravedad, pero no establece un mínimo. Según el Tribunal Supremo español “[...] hay que entender que el importe mínimo de la multa en cada uno de los grados coincide con el límite superior del grado intermedio, pues no parece lógico que una infracción grave pudiera ser sancionada con una sanción inferior a una infracción leve o viceversa” (TS 15-4-16, EDJ 38960). Sin embargo, la doctrina señala que es conveniente entender que no existen esos mínimos, evitando así el castigo desproporcionado REBOLLO PUIG, M., *Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora*. En *Estudios sobre la potestad sancionadora en el Derecho de la Competencia*, Madrid: Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 407-466.

³² Cano denomina este tipo de multas como “*proporcionales*” por cuanto la ley las establece en función de un determinado valor que se utiliza como referencia y al que se aplica un porcentaje, en CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, Madrid: Lefebvre, 2018, p. 126.

cional, sancionando su omisión con la inaplicabilidad del precepto que omite su regulación o que ofrece una regulación deficiente.³³ Sin embargo, el establecimiento de criterios no es garantía de una reducción o supresión a cero de la discrecionalidad.³⁴

Tal como se ha señalado, nuestro ordenamiento exige que las sanciones administrativas deben estar contenidas en una norma de rango legal. Además, la norma debe establecer las sanciones de acuerdo con la gravedad de la infracción, contemplando siempre un monto o tope máximo tratándose de sanciones pecuniarias.

Al efecto, si bien no existe una regulación general que establezca el monto máximo que deben observar las multas ni el intervalo dentro del cual pueden oscilar, por razones de constitucionalidad, las multas deben tener un monto máximo determinado, correspondiendo al legislador dar cierto nivel de certeza a través de una regulación especial que guarde conformidad con las singularidades de cada sector.

II. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

En materia de sanciones administrativas, el legislador otorga a la autoridad un margen más o menos amplio de discrecionalidad en su determinación. Por tal razón, y con la finalidad de garantizar mayor certeza, se han establecido algunas técnicas que la limitan, como es la relación que se hace entre la gravedad de la infracción y la sanción, así como ciertos criterios que debe seguir la autoridad al momento de determinarla.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha destacado aquellos preceptos sancionatorios que establecen un conjunto de criterios que le permiten a la autoridad determinar la sanción en el caso específico,

³³ *V. gr.* Corte Suprema, rol N° 17.536-2019, 2 de octubre de 2020.

³⁴ *V. gr.* en materias de aguas, el artículo 173 ter del Código de Aguas contempla una serie de criterios para la determinación del monto de la multa al interior de cada grado, sin embargo, la aplicación de cada uno de ellos deja margen a la discrecionalidad administrativa.

considerando las circunstancias del caso.³⁵ En este supuesto, estamos ante criterios objetivos que limitan la discrecionalidad y que deben ser debidamente ponderados al momento de resolver el asunto. El legislador ha establecido dichos criterios en relación al tipo de infracción y sus efectos (gravedad de la infracción; la importancia del daño causado; el riesgo, peligro o afectación a la salud de la población; el porcentaje de usuarios afectados por la infracción; el perjuicio fiscal derivado de la infracción; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, entre otros) y en relación al infractor (grado de intencionalidad o negligencia; el grado de participación; la conducta anterior, etc.).

Además, la legislación sancionadora ambiental ha establecido un sistema de *numerus apertus* en relación con estos criterios, permitiendo que la autoridad pueda considerar otros análogos o que sean relevantes en la determinación de la sanción.³⁶

III. METODOLOGÍA PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES

Como una forma de limitar la discrecionalidad en la integración de criterios, algunos órganos públicos han manifestado un particular interés en orden a fijar formalmente su extensión a través de guías o bases metodológicas para la determinación de sanciones, las cuales tienen por objeto establecer los parámetros de actuación que han de informar la actividad administrativa sancionatoria. La utilización de estos instrumentos garantiza una base racional en la adopción de decisiones por parte de la autoridad, reduciendo el riesgo de

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 2.264-2012, 10 de octubre de 2013, considerandos décimoctavo y décimonoveno y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol N° 2.922-2015, 29 de septiembre de 2016, considerando vigésimo.

³⁶ El artículo 107 N° 8 del Código Tributario establece: “*Otros antecedentes análogos a los anteriores o que parezcan justo tomar en consideración atendida la naturaleza de la infracción y sus circunstancias*”. A su vez, el artículo 40 letra i) LOSMA dispone: “*Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*”.

arbitrariedad. La racionalización de la discrecionalidad favorece la consistencia y coherencia del ejercicio de las potestades administrativas y contempla la posibilidad de exigir un tratamiento igualitario en situaciones análogas.

En estos casos, existe la voluntad de la Administración, en orden a reducir la distancia entre lo reglado y lo discrecional.³⁷ La autoridad, dentro del ámbito de discrecionalidad que la norma le otorga³⁸ precisa los criterios o el contenido de los criterios que utilizará para determinar la sanción, ya sea directamente, a través de la remisión a fórmulas específicas, o bien, mediante el uso de ciertos *standards* objetivados.³⁹ En otros términos, la autoridad establece criterios objetivos para el ejercicio de su propia potestad discrecional, desarrollando de antemano un determinado programa o sistema de aplicación de sanciones, el que mantendrá en el tiempo mientras no concurran razones que justifiquen su modificación o derogación.⁴⁰ A través de estas guías, que pueden

³⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público en general. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, Tomo III, 4ª edición, Madrid: Ed. Boletín Oficial del Estado, 2015, pp. 231-232.

³⁸ Así, para Eva Desdentado, cuando el ordenamiento jurídico le otorga a una autoridad una potestad discrecional le está confiriendo, también, la capacidad para realizar una determinada “política de actuación”, en efecto, según esta autora la atribución de potestades discrecionales habilita y permite que la autoridad pueda establecer directrices, esto es, criterios de actuación que han de operar como reglas para la consecución de determinados fines u objetivos. En definitiva, la propia autoridad puede autolimitar su actuación a través del establecimiento de lo que ella denomina “criterios-guía”, en DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Navarra: Editorial Aranzadi, 1997, pp. 185 y ss.

³⁹ Tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, Martín González señala que la Administración podrá prefabricarse previamente una unidad de medida para cada concepto indeterminado haciéndolo determinado, en MARTÍN GONZÁLEZ, M., “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, en *Revista de Administración Pública*, 1967, N° 54, p. 280. Véase: <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/225321967054197.pdf> [consulta 10 de abril de 2022].

⁴⁰ Ello no quiere decir que la potestad discrecional conferida por la ley se torne reglada o, en su caso, excluya la concurrencia de cualquier otro criterio que acontezca en un determinado supuesto de hecho y que no esté considerado en la

revestir la forma de circulares o reglamentos, se busca establecer y/o precisar los criterios objetivos de actuación administrativa en el ejercicio de su poder punitivo, cerrando o acotando el margen de decisión que la ley le ha entregado para la imposición de sanciones, reduciendo, con ello, el riesgo de arbitrariedad.

En concreto, buscan disponer de parámetros claros para orientar la labor de los funcionarios públicos que participan en los procesos de fiscalización y en la tramitación de los procedimientos represivos. Asimismo, buscan transparentar la toma de decisiones en el sistema sancionatorio, con lo cual los sujetos regulados contarán con más antecedentes para preparar la defensa de sus casos y tendrán, además, la expectativa legítima de que la decisión que resuelva el procedimiento será acorde con los criterios establecidos en la directriz.⁴¹

Por consiguiente, establecido el estándar de actuación, la autoridad estará obligada a aplicarlo,⁴² por cuanto se trata de normas

guía o directriz, puesto que la autoridad deberá adoptar la decisión más adecuada acorde con las particularidades de cada caso en concreto. Este tema fue analizado por la jurisprudencia anglosajona en el “*leading case*” *British Oxygen Company Limited v Minister of Technology* [1971] AC 610, en donde se señaló que, si bien la autoridad puede establecer ciertos criterios de actuación, ello no puede significar una restricción absoluta de su discrecionalidad, de manera que está obligada a mantener abierta la posibilidad de no aplicar esa política en un caso particular si las circunstancias específicas justifican su inaplicabilidad en relación con él. Con todo, existen pronunciamientos contrarios a este criterio los cuales señalan que el titular de la potestad no puede basar su decisión en las directrices administrativas, pero sí las puede tener en consideración como un factor más entre todos los aspectos que debe considerar para resolver el caso. No obstante, el posterior desarrollo de las expectativas legítimas de los particulares y la tendencia a exigir una actuación consistente a la Administración, han operado como apoyo a la doctrina del *leading case*. Sobre este aspecto se puede ver a DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Navarra: Editorial Aranzadi, 1997, pp. 187 y ss.

⁴¹ CANE, P. *An introduction to administrative law*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 141.

⁴² En tal sentido, a vía ejemplar, la Corte Suprema ha dado aplicación a dicho criterio. Así, en la sentencia Corte Suprema, rol N° 9.269-2017, 12 de junio de 2017, c. séptimo, dijo: “En la determinación de la sanción, la SEC tuvo presente

de referencia obligatoria para los funcionarios, esto es, constituyen orientaciones generales que condicionan el ejercicio de una determinada potestad discrecional. Con todo, si la autoridad decide apartarse de los criterios allí dispuestos o realizar una aplicación diversa de los mismos, atendidas las particulares circunstancias del caso concreto, podrá hacerlo en la medida que lo justifique.⁴³

Normalmente estos criterios están contenidos en disposiciones denominadas circulares o instrucciones, las que, aun cuando pueden ser comprensivas de contenidos heterogéneos y ser designadas bajo una nomenclatura diversa,⁴⁴ constituyen generalmente circulares de carácter interpretativo, por cuanto imponen criterios para la resolución de un tipo específico de procedimiento u ofrece opciones interpretativas de preceptos legales o reglamentarios que han de aplicar.⁴⁵

la totalidad de las circunstancias contempladas en el inciso 2º del artículo 16, motivo por el que solo cabe concluir que ha dado cabal y estricto cumplimiento a la normativa que rige esta materia, constatación que permite descartar que con su proceder haya vulnerado el principio de legalidad, como asevera la reclamante”.

⁴³ DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Navarra: Editorial Aranzadi, 1997, p. 191. Para esta autora, la directriz no carece de toda virtualidad vinculante, puesto que los criterios establecidos para el ejercicio de las potestades discrecionales producen una vinculación, aunque no plena, de la actividad discrecional de la Administración, pues adoptado el estándar de decisión no puede sin más separarse de él en un caso concreto, salvo que entregue una justificación suficiente que explique la no aplicación de la directriz, puesto que de lo contrario infringiría el principio de igualdad ante la ley, apartándose de sus propios precedentes, incurriendo en una actuación arbitraria. Con todo, esto no será posible si la autolimitación administrativa ha sido dispuesta en una norma de tipo reglamentaria.

⁴⁴ La discusión relativa a las instrucciones y circulares como norma de carácter interno responde a un debate más amplio respecto del cual se puede consultar a SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo general*, Tomo I, 4ª edición, Madrid: Iustel, 2016, pp. 259 y ss. y CORDERO QUINZACARA, E., “Las normas administrativas y el sistema de fuentes”, en *Revista de Derecho* (Coquimbo), 2010, Año 17, N° 1, pp. 31 y ss. Véase: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2061> [consulta 10 de abril de 2022].

⁴⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo general*, Tomo I, 4ª edición, Madrid: Iustel, 2016, p. 260.

En cuanto a su naturaleza, poseen un evidente carácter interno, por cuanto están dirigidas a los funcionarios que deben proponer y/o resolver un procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, dadas las múltiples modalidades que pueden adquirir, particularmente en cuanto establecen criterios para decidir un procedimiento o disponen la forma en que se deberán interpretar determinadas normas jurídicas, es evidente que afectan (indirectamente) a los destinatarios. Por ello, autores como Santamaría Pastor, les atribuyen naturaleza reglamentaria.⁴⁶

Conforme a lo expuesto, se analiza críticamente la regulación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, teniendo en especial consideración el estudio elaborado por el Segundo Tribunal Ambiental titulado “Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA”.

⁴⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de derecho administrativo general*, Tomo I, 4ª edición, Madrid: Iustel, 2016, p. 261. Sobre este aspecto, también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, al señalar que “Traducido todo ello al lenguaje jurídico, resulta claro, ante todo, que los ‘criterios’ por muy técnicos o científicos que puedan parecer y resulten ser, incorporan en definitiva reglas jurídicas de actuación. No otro significado puede asignarse al mandato de tenerlos en cuenta, salvo que se le despoje de contenido, en cuya hipótesis desaparecería también su carácter básico. Y como normas poseen, por su procedencia, un rango inferior al legal y han de calificarse como disposiciones generales de origen administrativo, obra de la potestad reglamentaria. En efecto, la Comisión Interministerial y el Consejo General, órganos estatales por definición, están situados por debajo del Gobierno y de cada uno de sus Ministros. En cierto aspecto, estos «criterios» implican una saludable autolimitación de la discrecionalidad administrativa y una armonización a la hora de aplicar la norma al caso concreto”, (subrayado agregado). Enseguida, el fallo señala que la necesidad de que existan tales criterios ha de reputarse básica, pero sin que ello permita adjudicarles la misma calificación apriorística o proféticamente, antes de existir y ser conocidos, difícil de predicar cuando por definición o esencia han de ser coyunturales y mudables, en función de las circunstancias. En definitiva, tendrán o no tal carácter según su contenido concreto en cada ocasión y por ello tampoco resulta simétricamente posible una descalificación anticipada. Por último, agrega la sentencia, en cualquier caso y por su naturaleza intrínseca, estarán sometidos al enjuiciamiento de los Jueces y Tribunales (art. 106 C.E.), en sentencia del TCE Nº 102/1995, 26 de junio de 1995, fj. 24º.

V. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 40 LOSMA

I. ASPECTOS GENERALES

En términos generales, la doctrina ha señalado que los criterios de graduación y ponderación de las sanciones administrativas derivan del principio de proporcionalidad, toda vez que permiten adecuar la represión a la infracción y a sus circunstancias, limitando la discrecionalidad administrativa.⁴⁷ Estos criterios ayudan a reducir los espacios de discrecionalidad de la entidad llamada a determinar las sanciones, proporcionando un mayor grado de precisión y transparencia.⁴⁸

Normalmente estos criterios son enumerados por el legislador una vez que ha señalado los tipos de sanciones que se pueden imponer, por lo que se asume con cierta naturalidad que su tratamiento se encuentra radicado dentro de la teoría de la sanción administrativa.⁴⁹ Sin embargo, dichos criterios se incardinan en el supuesto de hecho general que contempla la norma,⁵⁰ el cual una

⁴⁷ TORNOS MAS, J., “Infracción y sanción administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1975, N° 7, p. 611, BERMÚDEZ SOTO, J., *Derecho administrativo general*, 3ª edición, Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters - La Ley, 2014, p. 350. Aunque, hay quienes también los relacionan con el principio de tipicidad, en el sentido de que la ausencia de criterios o la vaguedad de los mismos, haría imposible que los ciudadanos pudieran conocer de antemano si sus actos ilícitos conducirían a un castigo liviano o a otro infinitamente más afflictivo, en REBOLLO PUIG, M., “Sanciones pecuniarias”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2010, p. 990.

⁴⁸ SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Roles N°s 3.542-2017; 3.575-2017 y 3.684-2017, en todas, véase el c. 14°.

⁴⁹ IZQUIERDO CARRASCO, M., “La determinación de la sanción administrativa”, en *Justicia Administrativa*, Revista de Derecho Administrativo (ejemplar dedicado a: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador). 2001, Número Extraordinario 1, pp. 235-236. Véase: https://www.academia.edu/39248206/La_determinación_de_la_sanción [consulta 10 de abril de 2022].

⁵⁰ En los casos que él exista. Recordemos que, frente a la inexistencia del supuesto de hecho, la discrecionalidad actúa como creadora del mismo, a través

vez integrado y completado, proporcionará la sanción que resulte más idónea y adecuada.

Ahora bien, y tal como se ha indicado, no existe un catálogo general de criterios, así como tampoco elementos que permitan determinar la suficiencia de los mismos,⁵¹ sino que, por el contrario, las diversas regulaciones sectoriales cuentan con una robusta cantidad de criterios de la más variada índole, formulación y extensión. De esta manera, los límites no siempre serán los mismos, pues variarán en función de la norma habilitante respectiva y de la incidencia de criterios y principios que se encuentren presentes en el ordenamiento jurídico.⁵²

Destacan los esfuerzos de la doctrina por sistematizarlos⁵³ y de la judicatura constitucional por establecer ciertos estándares básicos.⁵⁴ Se trata de criterios objetivos que limitan la discrecionalidad de la autoridad y que deben ser ponderados al momento de determinar la sanción ya sea para agravarla⁵⁵ o

de la incorporación de elementos y circunstancias que permitirán adoptar una consecuencia jurídica específica.

⁵¹ Recordemos que el artículo 9º del proyecto de ley de bases de los procedimientos administrativos sancionadores proporcionaba unos cuantos de ellos.

⁵² DESDENTADO Daroca, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Navarra: Editorial Aranzadi, 1997, pp. 146 y ss. Entre los límites de especial trascendencia, la autora identifica los principios de igualdad, proporcionalidad, racionalidad, razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad.

⁵³ REBOLLO PUIG, M. *et alii.*, *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 826 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *El procedimiento administrativo sancionador*, Tomo I, 6ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 214 y ss., autor que los denomina criterios de “dosimetría punitiva”; BERMÚDEZ SOTO, J., *Derecho administrativo general*, 3ª edición, Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters - La Ley, 2014, p. 351 y ss. y OSORIO VARGAS, C., *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*, Santiago, Thomson Reuters - La Ley, 2016, pp. 447 y ss.

⁵⁴ Esta última ha señalado como ejemplos los catálogos de criterios establecidos en los regímenes eléctrico y ambiental, *v. gr.* Tribunal Constitucional, rol Nº 2.922-2015, 29 de septiembre de 2016, c. vigésimo octavo.

⁵⁵ Se trata de criterios que sirven para graduar al alza la extensión de la sanción procedente en cada caso, MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, Tomo I, Madrid: Real Academia Española, 2017, p. 133.

atenuarla.⁵⁶ Estas circunstancias se desarrollan dentro de los márgenes que se fijan para cada uno de los grados de gravedad de las infracciones.⁵⁷

Por regla general, el legislador los establece en base al tipo de infracción y sus efectos, o bien, de acuerdo con las características relativas al infractor.⁵⁸ También es posible encontrar criterios especialísimos, atendidas las particularidades del sector regulado, como acontece en materia de recursos hídricos.⁵⁹ Asimismo, existen criterios genéricos, esto es, fórmulas establecidas con un carácter amplio, abierto o general, que permiten considerar cualquier parámetro que, a juicio de la autoridad, sea relevante para la determinación de sanciones.⁶⁰

Todos estos criterios buscan servir de herramienta a la Administración para adecuar la sanción a las circunstancias del hecho y de su autor; brindar seguridad y certeza a los particulares frente al ejercicio del poder punitivo y facilitar el control judicial de la medida impuesta.⁶¹ En definitiva, tales criterios legales atemperan o modulan la excesiva rigidez que podría derivarse de una aplicación mecánica de

⁵⁶ Se trata de un criterio que sirve para graduar a la baja la extensión de la sanción procedente en cada caso, MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, Tomo I, Madrid: Real Academia Española, 2017, p. 256.

⁵⁷ IZQUIERDO CARRASCO, M., “La determinación de la sanción administrativa”, en: *Justicia Administrativa*, Revista de Derecho Administrativo (ejemplar dedicado a: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador), 2001, Número Extraordinario 1, p. 239. Véase: https://www.academia.edu/39248206/La_determinación_de_la_sanción [consulta 10 de abril de 2022].

⁵⁸ Esta clasificación fue adaptada de la contenida en las “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales”, de la SMA, noviembre de 2015, p. 13.

⁵⁹ Véase artículo 173 ter inciso final del Código de Aguas.

⁶⁰ Como sucede con el artículo 107 N° 8 del Código Tributario, el cual permite considerar “Otros antecedentes análogos a los anteriores o que parezcan justo tomar en consideración atendida la naturaleza de la infracción y sus circunstancias.” y el artículo 40 letra i) de la Ley N° 20.417, precepto que permite considerar “Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”.

⁶¹ REBOLLO PUIG, M., “Sanciones pecuniarias”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2010, pp. 989 y ss.

las fórmulas sancionadoras, sin atender las circunstancias específicas de la infracción y del infractor.⁶²

II. CRITERIOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 40 LOSMA

Sobre el particular, el artículo 40 de la LOSMA establece que, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; e) La conducta anterior del infractor; f) La capacidad económica del infractor; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado, y i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

En relación con estos criterios, la SMA mediante resolución exenta, fijó las “Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales”.⁶³ Este documento tiene por función “[...]”

⁶² Véase sentencia del TCE 76/1990, de 26 de abril, la cual agrega que esta atemperación, dentro de los límites máximos y mínimos establecidos para la sanción de que se trate, se puede producir tanto en un sentido atenuante como agravante.

⁶³ Mediante resolución exenta N° 1.002, de 2015, la SMA aprobó el documento denominado “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales”, el cual fue posteriormente revocado por la resolución exenta N° 85, de 2018, a través de la cual se aprobó un nuevo documento denominado “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización”.

En términos generales, la doctrina y judicatura destacan esta iniciativa, aunque también es posible encontrar opiniones en contrario, *v. gr.* Julio Pallavicini, en Informe en Derecho denominado “*Análisis del concepto legal de la conducta anterior del infractor*”, en atención a que: a) la LOSMA no faculta al Superintendente para dictar una resolución exenta de la naturaleza aludida, de modo que carece de todo valor jurídico; b) las Bases metodológicas no se ajustan a la Constitución Política,

constituir un instrumento de apoyo a la toma de decisiones, entregando una referencia útil para efectos de la definición de la sanción a aplicar en un caso concreto, contemplándose en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Superintendencia el necesario espacio para la flexibilidad y adecuada discrecionalidad que exige la determinación de una sanción, considerando las circunstancias específicas y particulares de cada caso, a partir de su análisis objetivo mediante criterio experto".⁶⁴ Busca transparentar los lineamientos y principios que la SMA tiene como propósito al momento de ejercer su poder represivo.

El texto efectúa un completo análisis del contexto normativo y del fundamento de sus sanciones, abordando latamente la determinación de las sanciones pecuniarias y de manera sucinta la aplicación de medidas no pecuniarias. Para ello, analiza uno a uno los criterios de determinación de sanción establecidos por la ley, desarrollando la forma en que serán considerados en un caso concreto e indicando los principios que informarán dicha actividad.⁶⁵

toda vez que solo el Presidente de la República y el Congreso Nacional cuentan con atribuciones para dictar normas jurídicas de carácter general y obligatorio: reglamentos y leyes según sea el caso y c) las Bases Metodológicas contravienen el Derecho administrativo sancionador, pues no respetan, entre otros, los principios de legalidad, tipicidad, *non bis in idem* y proporcionalidad. Documento acompañado en el Expediente Sancionatorio Rol D-001-2016, seguido por la SMA. También, hay quienes cuestionan que en dicho documento la SMA haya establecido criterios extra legales que se alejarían de los principios constitucionales y legales que inspiran el derecho administrativo sancionador, en AVILÉS BEZANILLA, B., NÚÑEZ REYES, M. y VILLANUEVA GONZÁLEZ, J. D., "El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente", en *Revista de Derecho Ambiental*. 2017, Año V, N° 7, p. 179.

⁶⁴ Véase "Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales - Actualización", de la Superintendencia del Medio Ambiente, 2018, p. 8.

⁶⁵ Según lo indican las Bases metodológicas "[...] la determinación de la sanción específica a ser aplicada es una potestad discrecional de la SMA, la cual debe ser ejercida de manera razonada y fundamentada. En este trabajo de fundamentación cobran especial importancia los principios que dirigen la actividad sancionatoria, los cuales han sido desarrollados por la doctrina y la práctica administrativa comparada". Enseguida, señala que la determinación de la sanción debe considerar que: a) la sanción debe estar dirigida a evitar futuros incumplimientos y

La regulación de estos criterios puede ser analizada desde dos perspectivas. Por una parte, cumple con entregar lineamientos a la autoridad ambiental para dosificar su potestad sancionadora, orientándola en su deber de determinación de la sanción específica a imponer y, en su caso, a la intensidad proporcional de las sanciones pecuniarias y temporales. Además, dada la abrumadora cantidad de supuestos que se pueden configurar en la aplicación pragmática de la ley, habilitó expresamente a la SMA para considerar todo otro parámetro relevante para la determinación de la sanción (letra i) del artículo 40).

Dentro de los aspectos críticos de la norma, se puede advertir un fenómeno que se replica en otros ámbitos sancionadores, a saber:

- a) Se trata de criterios de graduación de la sanción desvaídos, lo que implica que la severidad o benignidad dependerá de cómo se apliquen.⁶⁶
- b) Si bien es necesario analizar la concurrencia de todos ellos en un caso concreto, no todos serán aplicados efectivamente y, en ocasiones, el contenido de uno de ellos podrá ser subsumido en otro.⁶⁷
- c) La ausencia de reglas destinadas a orientar la metodología de aplicación de dichos criterios.⁶⁸ Además, cabe tener presente

cambiar el comportamiento del infractor; b) la sanción debe eliminar los beneficios económicos asociados al incumplimiento; c) la sanción debe ser proporcional a la naturaleza de la infracción y al daño causado; d) la sanción debe ser flexible, consistente y considerar las circunstancias específicas del caso y del infractor, en “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales - Actualización”, de la Superintendencia del Medio Ambiente, 2018, pp. 26 y ss.

⁶⁶ REBOLLO PUIG, M. “Aplicación en el tiempo de las normas sancionadoras”. Comentario al artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en *Estudios sobre Derecho Administrativo*, vol. I, *A 20 años de la ley del procedimiento administrativo general*, Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, 2021, p. 714.

⁶⁷ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-128-2016, 31 de marzo de 2017, c. cuadragésimo tercero.

⁶⁸ Véase SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-6-2013 (acumulada con R-7-2013 y R-8-2013), 3 de marzo de 2014, c. centésimo décimo octavo.

que muchos de estos criterios pueden llegar a formar parte del tipo infraccional, de modo que su valoración se debe realizar solo en un momento, al configurar el tipo o al determinar la sanción, pero no en ambos casos.⁶⁹

Si bien, la guía de determinación de las sanciones de la SMA busca resolver algunas de estas problemáticas, solo coloca el énfasis en las sanciones de multa, lo que se justifica en la importancia de dicha sanción, pero no existe tal nivel de claridad en torno a cómo deben ser valorados en el caso de sanciones no pecuniarias.

Además, en diversos pronunciamientos, la Corte Suprema ha efectuado un control más riguroso de la asignación numérica que la SMA atribuye a cada criterio para definir el monto específico de la multa, indicando que las Bases Metodológicas imponen a dicha autoridad un mayor estándar de fundamentación, lo que a su vez repercute en una revisión judicial más intensa.⁷⁰

III. SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 40 LOSMA

Establecida la responsabilidad del infractor y el tipo de infracción cometida (gravísima grave o leve), cabe determinar la sanción específica a imponer y, en su caso, precisar su intensidad.

⁶⁹ GÓMEZ GONZÁLEZ, R. F., “El *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 2017, N° 49, pp. 101 y ss. Véase: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-68512017000200101&lng=pt&nrm=iso [consulta 10 de abril de 2022]. Sobre el particular véase SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, rol R-51-2014 (acumuladas con R-55-2014 y R-71-2014), 8 de junio de 2016, c. centésimo décimo cuarto.

⁷⁰ *Vid.* Corte Suprema, rol N° 5.303-2021, 21 de abril de 2021. Sobre este tema véase a SOTO DELGADO, P. “Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental”, en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales. 2016, pp. 374-407 y CORDERO VEGA, L. “La motivación de la sanción administrativa ambiental”, en *El Mercurio Legal*, de 30 de abril de 2021.

Al respecto, el artículo 39 de la LOSMA señala que la sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará según su gravedad. Para ello, establece lo siguiente:

Infracciones gravísimas	– Revocación de la resolución de calificación ambiental – Clausura (temporal o definitiva), o – Multa de hasta 10.000 UTA
Infracciones graves	– Revocación de la resolución de calificación ambiental – Clausura (temporal o definitiva), o – Multa de hasta 5.000 UTA
Infracciones leves	– Amonestación por escrito o – Multa de 1 hasta 1.000 UTA.

Fuente: elaboración propia.

No cabe duda de que la autoridad tiene un margen de discrecionalidad para definir la sanción concreta a aplicar dentro de cada rango. Ahora bien, sin perjuicio de los límites que se observan, no queda clara la correspondencia entre la gravedad de la infracción y la sanción si para diversos tipos de infracciones se contemplan las mismas sanciones, como ocurre con las infracciones gravísimas y graves. Además, la inexistencia de una base mínima para las multas permite que se pueda aplicar una sanción que bien podría imponerse respecto de otras infracciones.⁷¹

Con todo, este esquema nos permite distinguir las sanciones que existen en los extremos del sistema. En su nivel inferior se localiza la amonestación, mientras que en su nivel superior se halla la revocación de la resolución de calificación ambiental y la clausura definitiva. Enseguida, uno de los aspectos más problemáticos está dado por la graduación de las sanciones pecuniarias (multas) y temporales (clausura temporal), por cuanto confieren un ámbito de discrecionalidad a la autoridad. En ambos casos adquieren especial relevancia los criterios del artículo 40 de la LOSMA.

En primer término, los elementos que entrega el artículo en

⁷¹ *V. gr.* tratándose de una infracción grave, se podría sancionar con una multa de 500 UTA, la cual también es factible aplicar respecto de infracciones leves.

comento admiten diversas clasificaciones, algunos se encuentran vinculados al tipo de infracción y a sus efectos, mientras que otros están relacionados con las circunstancias o características relativas al infractor. Asimismo, algunos de ellos son de carácter cuantitativo, mientras que otros tienen un carácter cualitativo, de lo que se desprende que, en el caso de las multas, no siempre podrán ser valorados bajo un monto específico.⁷²

En cuanto a sus aspectos críticos, cabe tener presente que no existen reglas de prelación de los criterios; además, algunos de ellos presentan una doble naturaleza de agravante y atenuante, o bien, podrían formar parte del tipo infraccional, con lo que se corre el riesgo de sancionar dos veces por lo mismo (*non bis in idem*).

Así, la conducta anterior del infractor (letra e) del art. 40), su capacidad económica (letra f) del art. 40) y la observancia a los programas de cumplimiento (letra g) del art. 40), bien pueden ser considerados como circunstancias atenuantes o agravantes. Además, su ponderación específica conlleva la consideración de otra serie de subcriterios, como las características peculiares del sujeto infractor, el tipo de instrumento de carácter ambiental de que se trate, el tiempo, entre otros.

Por su parte, criterios como la importancia del daño causado, el peligro ocasionado (letra a) del art. 40) o el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b) del art. 40), deben considerar especialmente los elementos del tipo infraccional, para efectos de no ponderarlos doblemente. Para este análisis, también se deberá tener en consideración el artículo 60 de la LOSMA, especialmente en aquellos casos en los que una autoridad distinta busque tutelar, mediante la aplicación de sanciones, el mismo bien jurídico, como sería la autoridad sanitaria.

Otro de los criterios que se encuentra en este supuesto es la intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d) del art. 40), el que, según las Bases Metodológicas, se verificará cuando

⁷² SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL. Rol R-172-2018, 6 de noviembre de 2019, c. vigésimo sexto.

el infractor comete dolosamente el hecho infraccional. Este criterio adquiere especial relevancia en relación con las conductas culposas, respecto de las cuales este parámetro permitirá agravar la sanción. Sin embargo, en el caso de conductas dolosas, la intencionalidad solo permitirá dar por configurada la infracción, pero no podrá ser considerada nuevamente para determinar la sanción. Además, cabe tener presente que la experiencia o conocimientos del sujeto regulado denominado “sujeto calificado”,⁷³ no permiten dar por establecida *per se* la intencionalidad. En este punto, se debe tener presente que el dolo requiere de la concurrencia de dos elementos: la voluntad y el conocimiento de la conducta ilícita.

Por último, la ley reconoce la posibilidad de que, en un caso concreto, puedan concurrir otros criterios igualmente relevantes, circunstancia que deberá ponderar la SMA. Al efecto, en las Bases Metodológicas se reconocen algunos de ellos, a saber: la cooperación en la investigación y/o el procedimiento; la adopción de medidas correctivas; la autodenuncia y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. A este listado se pueden sumar otros tantos criterios igualmente relevantes, como la duración de la infracción,⁷⁴ la contumacia del infractor, la adopción de programas de cumplimiento diversos a los regulados en la normativa ambiental, la incidencia del caso fortuito o fuerza mayor en el cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestas por la ley, entre otros.

En suma, la determinación de cada criterio se debe efectuar en cada caso concreto. En este sentido, si bien las Bases Metodológicas de la SMA han contribuido de manera significativa a reducir la discrecionalidad que tiene dicha autoridad y han configurado una especie de nueva garantía para el infractor, no cabe duda de que la SMA conserva su margen de discrecionalidad en la valoración de los criterios, pudiendo sostener una ponderación diversa de cada uno de ellos conforme a un criterio de igualdad y proporcionalidad, en la medida en que dicha determinación sea precedida de la debida motivación.

⁷³ Bases Metodológicas, p. 39.

⁷⁴ Según su tipo: instantáneas, permanentes, continuas, de estado, etc.

IV. LA MOTIVACIÓN: REQUISITO ESENCIAL DEL ACTO SANCIONADOR

La motivación exige incorporar en todos los actos administrativos alguna referencia racional que permita colegir con facilidad los argumentos lógicos y concatenados que fundamentan dicha resolución administrativa. La motivación es una herramienta fundamental que permite justificar el debido ejercicio de una potestad discrecional, de modo tal que, si la decisión que la materializa no se motiva, el acto administrativo deviene en arbitrario.⁷⁵ Por ello Tomás Ramón Fernández ha manifestado que la motivación es un elemento de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario.⁷⁶

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, son categóricas en señalar que el acto sancionatorio debe ser siempre motivado,⁷⁷ ya sea porque afecta los derechos de los particulares (artículo 11 Ley N° 19.880), como porque constituye la resolución final del procedimiento sancionador (artículo 41 de la misma ley).⁷⁸ Por lo demás, en los diversos procedimientos sancionatorios se establece que la resolución que ponga término al mismo deberá ser fundada.⁷⁹

⁷⁵ Sobre la motivación y la discrecionalidad véase a RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011 N° 67, pp. 207-229. Véase: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991> [consulta 10 de abril de 2022].

⁷⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª edición, Madrid: Tecnos, 2008, pp. 81 y ss.

⁷⁷ La “motivación” es definida como la exposición de las razones o fundamentos en que se basa una decisión, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, Tomo II, Madrid: Real Academia Española, 2017, p. 1359.

⁷⁸ La motivación es un requisito de forma de los actos administrativos, que se traduce en la expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de base para la decisión. En tal sentido, véase CORTE SUPREMA, rol N° 24.615-2014, 29 de diciembre de 2014, c. undécimo.

⁷⁹ V. gr. artículo 54 inciso 1° de la Ley N° 20.417; artículo 72 inciso 1° de la Ley N° 20.529; artículo 52 inciso 1° de la Ley N° 21.000, entre otras. También véase a ARÓSTICA MALDONADO, I., “La motivación de los actos administrativos

Así, tratándose del ejercicio de una potestad discrecional que importe la aplicación de una sanción administrativa (aun cuando sea débil), adquiere especial relevancia la motivación que debe tener el acto administrativo para que sea considerado conforme a derecho por los órganos de control judicial, es decir, determinar el estándar bajo el cual la expresión de las consideraciones de hecho y de derecho serán valoradas como adecuadas por el tribunal para el caso concreto, permitiendo calificar que el acto se ajusta o no al ordenamiento jurídico.

La motivación del acto administrativo no solo constituye un imperativo legal, sino que también tiene relevancia desde el punto de vista constitucional, puesto que es garantía de un justo y racional procedimiento y, por tanto, inherente al derecho a la acción y a la tutela judicial efectiva.⁸⁰ Asimismo, la motivación sirve de base a otra

en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso). 1986, N° 10, pp. 499-520. Véase: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/184> [consulta 10 de abril de 2022].

⁸⁰ Para nuestro Tribunal Constitucional, el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora debe regirse por el debido proceso, por lo que la potestad para aplicar, rebajar o condonar sanciones administrativas debe sujetarse a los parámetros del debido proceso, puesto que los principios inspiradores del orden penal han de aplicarse, por regla general, al Derecho administrativo sancionador, al ser ambas manifestaciones del *ius puniendi* (en sentencias del Tribunal Constitucional roles N° 244-1996, c. sexto; 725-2007, c. duodécimo; 1.518-2009, c. sexto y vigésimo cuarto; 2.264-2012, c. trigésimo tercero; 2.682-2014, c. séptimo; 2.784-2015, c. undécimo y duodécimo). Por ello, es posible hacer extensible a este ámbito aquella doctrina que señala que las garantías de un justo y racional procedimiento deben orientarse a hacer efectiva la cautela de los derechos y la racionalidad del procedimiento, entre cuyos elementos resulta primordial la motivación y fundamentación de las sentencias, evitando de esta forma toda arbitrariedad judicial (en sentencias del Tribunal Constitucional roles N° 2.898-2015, c. sexto; 2.873-2015, c. sexto; 2.971-2016, c. séptimo; 2.988-2016, c. octavo; 3.008-2016, c. séptimo; 3.042-2016, c. séptimo). La motivación y fundamentación son inherentes al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional (véase sentencias del Tribunal Constitucional roles N° 1.373-2009, c. décimo quinto; 1.873-2010, c. duodécimo; 2.723-2014,

serie de principios del ordenamiento jurídico administrativo, como la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad, la igualdad, el principio de proporcionalidad, la publicidad y la transparencia.⁸¹

Ahora bien, la motivación, especialmente en materia sancionatoria, no debe limitarse a la mera emisión de la declaración de la voluntad del órgano administrativo o a la utilización de menciones genéricas, sino que, entre otras características, debe ser “suficiente” para cumplir con una doble funcionalidad: a) frente al infractor, para que conozca los motivos de la imposición de la sanción (finalidad cognoscitiva) y para que pueda preparar y ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva (finalidad defensiva)⁸² y b) respecto de los tribunales, para facilitar el control judicial de la medida.⁸³

Será particularmente relevante motivar la forma en que se ha determinado la sanción específica a imponer, lo cual tendrá un papel esencial como límite al ejercicio de potestad discrecional existente en esa instancia procedimental.⁸⁴ En efecto, para disipar toda posible

c. vigésimo séptimo; 2.797-2015, c. séptimo; 2.798-2015, c. trigésimo segundo; 2.898-2015, c. duodécimo; 2.873-2015, c. duodécimo; 2.971-2016, c. undécimo; 2.988-2016, c. duodécimo; 3.008-2016, c. undécimo; 3.042-2016, c. undécimo).

⁸¹ Algunos de estos principios han sido desarrollados en NAVARRO GONZÁLEZ, R., *La motivación de los actos administrativos*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 122 y ss.

⁸² NAVARRO GONZÁLEZ, R., *La motivación de los actos administrativos*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 176 y ss. y 207 y ss. En este sentido, véase Corte Suprema, rol N° 97.737-2016, 27 de marzo de 2017, c. noveno.

⁸³ Para el infractor la motivación debe ser adecuada, de manera que pueda conocer las razones concretas de la medida impuesta. Por su parte, para los tribunales la motivación es el único instrumento que permite verificar el correcto ejercicio de la potestad sancionadora, en REBOLLO PUIG, M. *et alii*, *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 768 y 769.

⁸⁴ Como bien lo señala la doctrina esta exigencia se conecta con el margen de decisión que las normas atribuyen a la Administración para singularizar y concretar la sanción y con los principios de prohibición de la arbitrariedad, seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad y tutela judicial efectiva, en REBOLLO PUIG, M. *et alii*. *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 773. Por lo tanto, la motivación es un elemento esencial de toda decisión discrecional

arbitrariedad, será necesario que la autoridad explicita los criterios que consideró, atendidas las particularidades del caso, y justifique la valoración que efectuó de cada uno de ellos.⁸⁵ Además, en este aspecto, la motivación se conecta con el principio de proporcionalidad que debe mediar entre la infracción imputada y la sanción finalmente impuesta.⁸⁶

De esta manera, la motivación exige que el órgano indique los criterios, las razones concluyentes de la sanción y de su concreta extensión, señalando los fundamentos de manera coherente y suficiente, evitando las remisiones genéricas o ciertos antecedentes del expediente (*in aliunde*)⁸⁷ y procurando guardar el equilibrio entre una deficiente y una excesiva motivación.⁸⁸

que actúa como mecanismo de control del correcto ejercicio de dicha potestad, considerada un requisito imprescindible de los actos administrativos destinada a controlar una eventual arbitrariedad, en NAVARRO GONZÁLEZ, R., *La motivación de los actos administrativos*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 357.

⁸⁵ Sobre el particular, en Alemania la Ley Federal de procedimiento administrativo –*Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*– señala, en lo que interesa, que la motivación de las decisiones discrecionales debe indicar también los criterios en que se fundó la autoridad al actuar discrecionalmente.

⁸⁶ NAVARRO GONZÁLEZ, R., *La motivación de los actos administrativos*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017p. 258.

⁸⁷ Véase GÓMEZ, MANUEL y SANZ, ÍÑIGO, *Derecho Administrativo sancionador. Parte General*, 4ª ed., ob. cit., p. 868 y REBOLLO PUIG, M. *et alii*, *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 781 y ss. En Chile, nuestra Corte Suprema sostuvo que la remisión efectuada por la SMA, en una de sus resoluciones sancionadoras, a lo resuelto previamente por el Tribunal Ambiental que conoció de una reclamación sobre el mismo asunto, satisface los requisitos de fundamentación de las sanciones administrativas, ello dada la resolución, en Corte Suprema, rol N° 17.736-2016, 13 de diciembre de 2016, c. vigésimo primero.

⁸⁸ Para la jurisprudencia comparada la “suficiencia” de la motivación dependerá de las circunstancias que concurran a la decisión, sentencia del TCE 184/1998, fj. 2; sentencia del TCE 301/2000, fj. 2; sentencia del del TCE 308/2006, fj. 6; sentencia del TCE 17/2009, fj. 3. Para Nieto una de las problemáticas que presenta la motivación está dada por el hecho de que las formas y requisitos de motivación son imprecisas, llegando a permitir cualquier valoración subjetiva, de manera que, por más cuidado que pueda adoptar la Administración, nunca estará segura de haber razonado de conformidad al criterio del controlador. NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edición, Madrid: Tecnos, 2005, pp. 523 y 524.

Un parámetro que podría ser utilizado para justificar la motivación puede estar dado por la entidad de la sanción a imponer, de modo que, si se trata de sanciones en sus grados mínimos o de escasa afectación a los derechos del infractor, la motivación pudiera ser más bien moderada, mientras que, tratándose de sanciones más graves o de elevada cuantía, la motivación debiera ser más aquilatada.⁸⁹

Junto con ello, requiere una especial motivación el acto que se separe del precedente administrativo. Si bien el precedente carece de valor normativo y, por tanto, no obliga ni constituye un imperativo para la autoridad, sí posee un valor vinculante,⁹⁰ por lo que el órgano deberá justificar expresamente los cambios de criterios.⁹¹

La omisión o deficiente motivación no son solo susceptibles de constituir un vicio de forma del acto administrativo,⁹² sino que, cuando este comprenda el ejercicio de una potestad discrecional, pueden ser consideradas como un indicio de arbitrariedad⁹³ o, en su caso, de desviación de poder.⁹⁴

⁸⁹ REBOLLO PUIG, M. *et alii*, *Derecho administrativo sancionador*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 774 y ss.

⁹⁰ DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Navarra: Editorial Aranzadi, 1997, pp. 181 y ss.

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ª edición, Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2011, p. 82. Asimismo, véase a DÍEZ SASTRE, S., *El precedente administrativo. Fundamento y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 298 y ss.

⁹² CORDERO VEGA, L., “Lo que se juega en la motivación del acto administrativo”, en *El Mercurio Legal*, de 29 de diciembre de 2014.

⁹³ Según Desdentado, “Lo verdaderamente relevante desde la perspectiva del control de la arbitrariedad, no es tanto si el acto incluye o no la correspondiente motivación, sino si se encuentra o no debidamente respaldado por razones suficientes y atendibles. Un acto puede carecer de motivación, pero no de motivos”, en DESDENTADO DAROCA, E. “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 2009, Nº 84, p. 87. Véase: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3079462> [consulta 10 de abril de 2022].

⁹⁴ La desviación de poder implica que se ejercen potestades administrativas para un fin distinto a los previstos en las normas jurídicas que los contienen, en CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, reimpresión, 2ª edición, Madrid: Thomson, Civitas, 2004, p. 119.

Con lo expuesto, se desprende que la SMA deberá satisfacer el estándar de motivación de las sanciones administrativas, dando cuenta especialmente de la ponderación efectuada de los criterios regulados en el artículo 40 de la LOSMA. Se vulnera este estándar de debida motivación en aquellos casos en los cuales: a) la autoridad se limita a la simple enunciación de alguno de los criterios, o b) entregue criterios vagos o meramente formales.

VI. REFLEXIONES FINALES

La atribución de potestades discrecionales en el ejercicio de los poderes sancionadores de la Administración es una determinación deliberada y consciente del legislador en el marco del orden constitucional. Toda actuación administrativa debe estar precedida por una norma habilitante que permita su ejercicio, lo cual, en el ámbito administrativo sancionador, se traduce en un cúmulo de elementos reglados y discrecionales que se entregan a la autoridad para la consecución de los fines públicos y cuya densidad regulatoria varía, dependiendo del sistema sancionatorio específico de que se trate.

En este sentido, la existencia de discrecionalidad en el ejercicio de poderes punitivos, permite a la Administración orientar su actividad represiva en orden a alcanzar los fines públicos que se le han encomendado, considerando las circunstancias específicas del caso, incluyendo su adecuación a ciertas opciones de política pública (*v. gr.* buen uso de los recursos públicos, eficiencia y eficacia en la gestión, generación de un efecto disuasivo, establecimiento de ámbitos de tolerancia, etc.). Por tal motivo, la discrecionalidad corresponde a una atribución necesaria para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, a través de la cual se busca resguardar bienes jurídicos supraindividuales.

Si bien la discrecionalidad está presente en diversos momentos del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, uno de los más relevantes es en la etapa de resolución del procedimiento

sancionatorio, momento en el cual la Administración debe decidir si, conforme a los antecedentes del caso, corresponde absolver o sancionar y, en este último supuesto, decidir el tipo de sanción a imponer y su entidad. En este último supuesto, se ha demostrado que la determinación de la sanción reconoce también espacios para el ejercicio de potestades discrecionales.

En concreto, en este trabajo se estableció que, si bien la LOSMA atribuye a la SMA la potestad discrecional para determinar las sanciones a imponer de acuerdo con la gravedad de la infracción, también le ha entregado un conjunto de criterios para efectuar dicha determinación, los cuales se encuentran regulados de manera abstracta y no taxativa en el artículo 40 de la LOSMA.

Ahora bien, los criterios establecidos en el artículo 40 de la ley no constituyen un régimen tarifario de multas ni de ningún otro tipo de sanción, sino que su objetivo es limitar la discrecionalidad administrativa al imponer elementos que deberá ponderar la SMA en la determinación concreta de la sanción.

De manera adicional, la propia SMA ha contribuido a limitar su discrecionalidad a través de las Bases Metodológicas, en virtud de las cuales buscó dar coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando su efecto disuasivo. Sin embargo, ello no ha reducido a cero su discrecionalidad ni tampoco ha transformado en reglada su potestad, de modo que bien puede cambiar los criterios establecidos en las Bases o adoptar criterios nuevos, para lo cual deberá tener en consideración los principios de igualdad, no discriminación arbitraria y de motivación. Todos estos elementos serán objeto de control por parte de los tribunales de justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARÓSTICA MALDONADO, I.: "El Derecho Administrativo Sancionador y la proporcionalidad de los actos administrativos (un asunto de justicia distributiva)", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 1987, vol. 84, N° 3, pp. 109-125.

- ARÓSTICA MALDONADO, I.: La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 1986, N° 10, pp. 499-520.
- “Sanciones y restricciones administrativas”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 2016, N° 9, pp. 13-37.
- “Un lustro de sanciones administrativas (1988-1992)”, en *Revista de Derecho Público*, 1991, N° 50, pp. 173-195.
- AVILÉS BEZANILLA, B., NÚÑEZ REYES, M., y VILLANUEVA GONZÁLEZ, J. D.: “El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho Ambiental*, 2017, Año V, N° 7, pp. 177-196.
- BAÑO LEÓN, J. M.: La discrecionalidad administrativa en las sanciones del Derecho de la Competencia, en *Estudios sobre la potestad sancionadora en el Derecho de la Competencia*, Madrid: Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 467-486.
- BERMÚDEZ SOTO, J.: *Derecho administrativo general*, 3ª edición, Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters - La Ley, 2014.
- CANE, P.: *An introduction to administrative law*, Oxford: Clarendon Press, 1993.
- CANO CAMPOS, T.: *Sanciones administrativas*, Madrid: Lefebvre, 2018.
- CARRETERO PÉREZ, A. y CARRETERO SÁNCHEZ, A.: *Derecho administrativo sancionador*, 2ª edición, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.
- CASINO RUBIO, M.: *El concepto constitucional de sanción administrativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- “La potestad sancionadora de la administración y vuelta a la casilla de salida”, en *Documentación Administrativa*, 2015, N° 2.
- CASSAGNE, J. C.: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 2ª segunda edición, Buenos Aires/Montevideo: B de F, 2016.
- CEA EGAÑA, J. L.: “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1984, vol. 11, pp. 7-16.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder*, reimpresión 2ª edición, Madrid: Thomson, Civitas, 2004.
- CORDERO VEGA, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Santiago: Abeledo Perrot - Thomson Reuters, 2015.
- CORDERO QUINZACARA, E.: “Las normas administrativas y el sistema de fuentes”, en *Revista de Derecho* (Coquimbo), 2010, Año 17, N° 1, pp. 21-50.

- DESDENTADO DAROCA, E.: “Discrecionalidad administrativa en la imposición de sanciones”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2010, pp. 340-349.
- *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Navarra: Editorial Aranzadi, 1997.
- “La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 2009, N° 84, pp. 85-133.
- DÍEZ SASTRE, E.: *El precedente administrativo. Fundamento y eficacia vinculante*, Madrid: Marcial Pons, 2008.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Madrid: Civitas, 1991.
- *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª edición, Madrid: Tecnos, 2008.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G.: *El procedimiento administrativo sancionador*, Tomo I, 6ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ª edición, Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2011.
- *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 12ª edición, Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2011.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, R. F.: “El *non bis in idem* en el Derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), 2017, N° 49, pp. 101-138.
- GUILOFF TITIUN, M. y SOTO DELGADO, P.: “Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva”, en *La nueva justicia ambiental*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2015, pp. 101-124.
- HUEPE ARTIGAS, F.: “El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración. Su control a través del principio de razonabilidad”, en *Sanciones Administrativas*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, 2014, pp. 168-186.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: “La determinación de la sanción administrativa”, en *Justicia Administrativa*, Revista de Derecho Administrativo (ejemplar dedicado a Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador), 2001, Número Extraordinario 1, pp. 207-258.
- LOZANO CUTANDA, B.: “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, 2003, N° 161, pp. 83-121.

- MARTÍN GONZÁLEZ, M.: “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, en *Revista de Administración Pública*, 1967, N° 54, pp. 197-292.
- MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, Tomo I, Madrid: Real Academia Española.
- *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, Tomo II, Madrid: Real Academia Española.
- *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público en general. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, Tomo III, 4ª edición, Madrid: Ed. Boletín Oficial del Estado, 2015.
- NAVARRO GONZÁLEZ, R.: *La motivación de los actos administrativos*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- NIETO, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edición, Madrid: Tecnos, 2005.
- *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Madrid: Tecnos, 2012.
- *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ariel, 2000.
- OSORIO VARGAS, C.: *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*, Santiago, Thomson Reuters - La Ley, 2016.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid: Tecnos, 1993.
- QUEZADA RODRÍGUEZ, F.: *Procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880*, Santiago: Editorial Librotecnia, 2017.
- REBOLLO PUIG, M.: “Aplicación en el tiempo de las normas sancionadoras”. Comentario al artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en *Estudios sobre Derecho Administrativo*, vol. I, *A 20 años de la ley del procedimiento administrativo general*, Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, 2021.
- “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, en *Estudios sobre la potestad sancionadora en el Derecho de la Competencia*, Madrid: Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 407-466.
- “Sanciones pecuniarias”, en *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, 2010, pp. 985-1000.
- *et alii. Derecho administrativo sancionador*, Valladolid: Lex Nova, 2010.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica del Perú), 2011, N° 67, pp. 207-229.

- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. y PAREJO ALFONSO, L.: *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, reimpresión, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1992.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de derecho administrativo general*, Tomo I, 4ª edición, Madrid: Iustel, 2016.
- SANZ RUBIALES, I.: “Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad”, en *Revista de Administración Pública*, 1999, N° 148, pp. 359-385.
- SOTO DELGADO, P.: “Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental”, en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2016, pp. 374-407.
- SOTO KLOSS, E.: *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, 3ª edición, Santiago: Legal Publishing, 2012.
- TORNOS MAS, J.: “Infracción y sanción administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1975, N° 7, pp. 607-624.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: “Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado”, en *Revista de Administración Pública*, 1955, vol. 16, pp. 11-84.

REFERENCIAS DE JURISPRUDENCIA:

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Dictamen N° 12.751, de 2005.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Dictamen N° 29.348, de 2007.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Dictamen N° 40.792, de 2009.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: Dictamen N° 74.523, de 2010.
- CORTE SUPREMA: Rol N° 17.736-2016, 13 de diciembre de 2016.
- CORTE SUPREMA: Rol N° 9.269-2017, 12 de junio de 2017.
- CORTE SUPREMA: Rol N° 17.536-2019, 2 de octubre de 2020.
- CORTE SUPREMA: Rol N° 24.615-2014, 29 de diciembre de 2014.
- CORTE SUPREMA: Rol N° 5.303-2021, 21 de abril de 2021.
- CORTE SUPREMA: Rol N° 97.737-2016, 27 de marzo de 2017.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: Rol R-128-2016, 31 de marzo de 2017.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: Rol R-172-2018, 6 de noviembre de 2019.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: Rol R-51-2014 (acumuladas con R-55-2014 y R-71-2014), 8 de junio de 2016.
- SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL: Rol R-6-2013 (acumulada con R-7-2013 y R-8-2013), 3 de marzo de 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 1.373-2009, 22 de junio de 2010.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 1.518-2009, 23 de octubre de 2009.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 1.873-2010, 25 de agosto de 2011.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.264-2012, 10 de octubre de 2013.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.682-2014, 5 de julio de 2014.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.723-2014, 3 de septiembre de 2015.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.784-2015, 12 de mayo de 2016.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.797-2015, 26 de mayo de 2016.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.798-2015, 24 de diciembre de 2015.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.873, 2015, 21 de julio de 2016.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.898-2015, 21 de julio de 2016.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.922-2015, 29 de septiembre de 2016.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.971-2016, 20 de octubre de 2016.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 2.988-2016, 29 de diciembre de 2016.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 244-1996, 26 de agosto de 1996.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 3.008-2016, 27 de diciembre de 2016.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 3.042-2016, 15 de noviembre de 2016.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 725-2007, 31 de enero de 2007.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Rol N° 946-2007, 1 de julio de 2008.

OTRAS REFERENCIAS:

CORDERO VEGA, L.: “Lo que se juega en la motivación del acto administrativo”,
en *El Mercurio Legal*, de 29 de diciembre de 2014.
——— “La motivación de la sanción administrativa ambiental”, en *El
Mercurio Legal*, de 30 de abril de 2021.
LETELIER WARTENBERG, R.: “Un paso adelante de la Corte Suprema, dos pasos atrás
del Tribunal Constitucional: garantías penales y sanciones administrativas”,
en *El Mercurio Legal*, de 2 de diciembre de 2016.