

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



“CONTROL DE LAS DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LA
ADMINISTRACIÓN POR LOS TRIBUNALES AMBIENTALES”

RONALD PATRICIO OLIVERA RETAMAL

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

PROFESOR PATROCINANTE: IVÁN HUNTER AMPUERO

VALDIVIA - CHILE

2013

INFORME MEMORIA DE PRUEBA
CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LA ADMINISTRACIÓN
POR LOS TRIBUNALES AMBIENTALES

RONALD PATRICIO OLIVERA RETAMAL

En conformidad al Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, tengo el agrado de informar la tesis del estudiante Ronald Patricio Olivera Retamal, titulada “Control de la discrecionalidad técnica de la administración por los tribunales ambientales”.

Para comenzar se debe indicar que el título con que se concibe la tesis está ajustado a su contenido, puesto que la estudiante se propone enfrentar un problema de suma relevancia como es determinar cómo y cuál es el alcance del control que pueden realizar los Tribunales Ambientales en el ámbito de la discrecionalidad técnica que goza la Administración en la dictación de los actos de contenido ambiental.

Para cumplir esta finalidad divide su tesis en tres grandes capítulos.

En el primero, denominado “Acto administrativo en la doctrina moderna”, se hace referencia a los distintos tipos o clases de actos que actualmente suelen reconocerse a la Administración, y que se reconocen como poderes finalizados destinados a satisfacer intereses públicos. Esta parte de la tesis se concibe como el marco conceptual necesario y previo para el análisis posterior. El desafío para el estudiante se encuentra cumplido, desde que se trata de una materia en que existe mucha y variada doctrina, habiéndose desarrollado un trabajo ordenado y preciso. Como capítulo introductorio cumple íntegramente su propósito, aun cuando presenta algunos ripsos de sistematización y redacción, y en ocasiones, la utilización bibliográfica pudo ser mejor.

El segundo capítulo, denominado “El control de la administración ejercido por los Tribunales Ambientales” da cuenta del alcance de las normas jurídicas relacionadas en la materia, además de formular una tipificación de los estándares de control aplicables a las decisiones administrativas de carácter técnico. Es un capítulo sumamente relevante atendido el problema de su investigación. En general puede decirse que el capítulo está bien estructurado, razonado, aunque pudiera mejorarse en la explicación de los diferentes criterios.

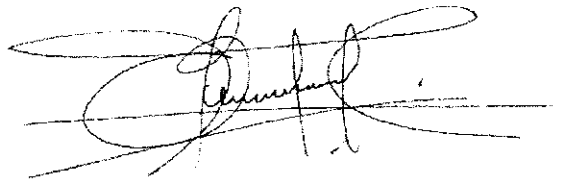
En el tercer capítulo se da cuenta de la principal jurisprudencia en relación al tema de investigación. El propósito de esta capítulo se encuentra justificado, aun cuando la inclusión del fallo “Concesión Ruta 66-Camino de la Fruta” no está alineado con el propósito de esta tesis. La extensión de este tratamiento, desde el punto de vista estrictamente procesal, puede considerarse suficiente y adecuado. No obstante, existe un examen fundamentado con criterios claros y acotados, que termina reafirmando su hipótesis.

La tesis tiene varios méritos, siendo el más relevante plantear una temática nueva y escasamente desarrollada en nuestro país. El tratamiento bibliográfico es adecuado. Puede mejorarse en su redacción, aunque sus afirmaciones se encuentran fundamentadas.

No obstante, puede afirmarse que la tesis tiene el grado de suficiencia necesaria para un trabajo de investigación de fin de carrera, y constituye una investigación cien por ciento genuina.

Todo lo anterior, este profesor es de evaluar con nota 6.5 (seis coma cinco) la tesis del referido estudiante.

Se autoriza su empaste.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Iván Hunter Ampuero', written over a horizontal line.

Iván Hunter Ampuero

Profesor Patrocinante

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO PRIMERO. Acto administrativo en la doctrina moderna.....	4
I.- Concepto de acto administrativo.....	5
II.- Actos administrativos reglados y actos administrativos discrecionales.....	6
III.- El Acto administrativo discrecional.....	6
IV.- Discrecionalidad técnica de la Administración.....	7
V.- Deber de motivación de los actos discrecionales dictados por la Administración.....	10
CAPITULO SEGUNDO. El control de la Administración ejercido por los Tribunales Ambientales.....	13
I.- Análisis del art. 30 de la ley N° 20.600 que regula el contenido de la sentencia emitida por el Tribunal.....	14
II.- Control de la discrecionalidad técnica de la Administración.....	17
III.- Estándar de control judicial de los actos administrativos, una mirada crítica a la ley N° 20.600.....	18
1. El estándar de control judicial en las resoluciones del Tribunal Ambiental....	18
i) Razonabilidad, racionalidad o interdicción de la arbitrariedad.....	20
ii) Proporcionalidad.....	22
iii) Desviación de poder.....	23
iv) Abuso de poder.....	24
v) Apreciación de los hechos.....	24
vi) Coherencia de la decisión.....	25
2. El control negativo.....	26
3. ¿Por qué los tribunales no pueden sustituir la actividad de la Administración? Bases para su justificación.....	27
CAPITULO TERCERO. Revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados por los Tribunales Ordinarios en materia de control de Resoluciones ambientales.....	29
I. Análisis jurisprudencial de los Tribunales de justicia ordinarios previa a la entrada en vigencia de la ley N° 20.600. ¿Serán relevantes las resoluciones dictadas por la jurisdicción ordinaria para fundamentar las decisiones de los Tribunales Ambientales, en materia de control de la discrecionalidad técnica de la Administración?.....	30
II. El caso “Concesión Ruta 66 – Camino de la Fruta”, como ha fallado el Tribunal Ambiental.....	34
CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA.....	39

INTRODUCCIÓN

Con la reciente entrada en vigencia de la ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales y la implementación en su respectivo territorio jurisdiccional, cabe preguntarse sobre una de las principales atribuciones que tiene esta nueva magistratura, cuál es, el control de los actos discrecionales dictados por la Administración con competencia en materia ambiental, me refiero a la Superintendencia del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental principalmente. La autoridad en virtud de su potestad reglamentaria se encuentra habilitada para poder tomar decisiones que vinculen a los administrados, estas decisiones que siempre deben tener como finalidad la satisfacción de necesidades públicas, son analizadas por la Administración tomando en consideración la mayor cantidad de factores posibles que incidan en tomar una u otra decisión.

Uno de los factores claves que sirven de base para la dictación de un acto administrativo es la especialización de conocimientos que ofrecen las distintas ciencias empíricas o sociales, en las cuales la Administración debe apoyarse para fundamentar una determinada decisión. Los mismos procesos de modernización de la sociedad hacen que la autoridad administrativa recurra constantemente a estas ciencias para que presten una base sólida al acto que dictarán. Sin embargo, no siempre se tendrá una opción sobre la cual operar y tomar la decisión correcta. A veces, estos mismos procesos tecnificados en los cuales deben apoyarse entregan cada uno, una solución distinta con consecuencias completamente opuestas. En este tipo de casos la Administración acude a la técnica como criterio rector y fundamento último del acto administrativo dictado. De manera mucho más clara aparece de manifiesto en las actuaciones de la autoridad que regulan materias relacionadas con el Medio Ambiente, en donde la Administración se define como el órgano técnico especializado para poder pronunciarse sobre aquellas materias.

¿Es necesario limitar esta potestad? ¿De qué forma lo hacemos? En este sentido, el artículo 30 de la ley en cuestión, indica que los tribunales ambientales no podrán, en caso alguno, definir el contenido discrecional del acto en concreto, ello trae consigo la necesaria consecuencia que la jurisdicción no pueda sustituir la actividad de la Administración, de modo que, la problemática que se intenta resolver en la siguiente investigación consiste en determinar cómo se realiza el control de los actos discrecionales, y en especial la discrecionalidad técnica por parte de estos tribunales. Esta pregunta supone como primer paso, analizar en qué consisten los actos discrecionales, sus elementos y diferencias con otro tipo de actos administrativos, qué es la discrecionalidad técnica y el deber de motivación que recae en la Administración y las demás exigencias que establece la ley para su creación.

Sin perjuicio de la basta doctrina sobre actos administrativos, control judicial que se ejerce sobre ellos y, en general, sobre lo contencioso-administrativo, resulta necesario vislumbrar en este trabajo, cuál será el impacto que tendrá esta materia de carácter general sobre el contenido

de la nueva normativa, y más en particular sobre la actuación del Tribunal Ambiental reflejado en la sentencia, esto debido a lo contingente del tema (recordando que la entrada en vigencia de la ley se remonta al último mes del año recién pasado) y, de la casi nula literatura jurídica que se ha escrito sobre competencias y atribuciones del Tribunal.

De esta manera, la investigación se desarrollará en cuatro capítulos en los cuales intentaré probar que la incorporación del art. 30 de la ley N° 20.600, impone la exigencia de elevar el estándar de motivación de los actos discrecionales emitidos por la Administración del Estado con competencia en materia ambiental, debido al carácter puramente negativo del control que ejercerán estos nuevos tribunales.

La exposición planea centrarse principalmente en dos ejes. Cada uno de ellos compuesto por dos capítulos. El primer capítulo abordará la discusión acerca del concepto de acto discrecional en la doctrina clásica y nacional, y el deber de motivación que recae sobre la Administración para fundamentar sus resoluciones. En el siguiente capítulo del primer eje se tratará el problema de los estándares que debe aplicar la jurisdicción para poder ejercer el control de la Administración. En el segundo eje se aplicará un método empírico, desarrollando un breve estudio sobre los sistemas contenciosos administrativos existentes a nivel de derecho comparado, en particular, el alemán, francés y español. Por último, se analizará las sentencias más importantes dictadas por los tribunales ordinarios antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa, para efectos de determinar cómo afectará la jurisprudencia existente a las resoluciones del nuevo Tribunal ambiental.

CAPITULO PRIMERO

Acto administrativo en la doctrina moderna.

Condición necesaria para un análisis acabado de la discrecionalidad técnica, como manifestación de una de las potestades entregadas a la Administración del Estado, es el estudio del acto administrativo como fuente fundamental del ordenamiento jurídico y en particular del Derecho Administrativo.

La ley N° 19.980 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en su artículo 3° inciso segundo, se refiere al concepto de acto administrativo:

“para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

Por otro lado, establecer las nociones básicas que ha entregado la doctrina moderna sobre el concepto de acto administrativo, nos introducirá al estudio de la discrecionalidad como potestad de la Administración, potestad que contiene las decisiones técnica en las cuales tendrá que apoyarse para la dictación de una resolución o decreto según sea el caso. Es así como podemos distinguir en doctrina, varios nociones de acto administrativo, que son importantes para la construcción conceptual de la discrecionalidad técnica.

De esta manera, comenzaré estableciendo el concepto de acto administrativo, la clasificación entre actos discrecionales y actos reglados y los aspectos fundamentales de la discrecionalidad en la Administración, que sirven de base para referirnos a la tecnificación como característica moderna del órgano ejecutivo el Estado. Finalmente, se justificará porque recae sobre ella un deber mayor de motivación de sus actuaciones unilaterales.

I.- Concepto de acto administrativo.

A nivel doctrinal, para García de Enterría y Ramón Fernández, el acto administrativo se define como: “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento, o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”¹. Concepto general que pone de relevancia la distinción entre las actuaciones de la Administración y aquella potestad que viene reglada por el legislador.

Sin el afán de entrar en la teoría del acto administrativo, en la doctrina nacional el concepto es más o menos uniforme. Enrique Silva Cimma entiende por Acto administrativo, “la declaración de voluntad general o individual de un órgano administrativo emitida en función de una potestad o competencia administrativa, y por la cual se deciden o emiten juicios sobre derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas, o de los particulares respecto de éstas”².

Rechazando elementos externos que agrega la doctrina a nivel de derecho comparado en el concepto de acto administrativo, por ser estos ajenos a los principios de la Constitución y difícilmente conciliables con la institucionalidad vigente en nuestro país, Eduardo Soto Kloss define el acto administrativo como “una ordenación racional unilateral emitida por un sujeto en ejercicio de función administrativa, que, destinada a satisfacer una necesidad pública concreta, produce efectos jurídicos”³.

Mientras que para Jorge Bermúdez Soto, “lo esencial del acto administrativo está en el ejercicio del poder público, cuyo ejercicio válido queda determinado por la competencia para su ejercicio, el cual permite que lo resuelto pueda imponerse de manera unilateral sobre los ciudadanos”⁴.

Un elemento común a todos estos conceptos dice relación con la facultad de la Administración de poder dictar determinadas decisiones que obligan a un conjunto de personas, sean estas naturales o jurídicas. Estos actos unilaterales de la Administración que obligan a un conjunto de personas se clasificaran dependiendo del contenido del acto. Por ello, una de la más importante clasificación de los actos administrativos para el tema, es aquella que dice relación con la distinción entre actos administrativos reglados y actos administrativos discrecionales.

¹ García de Enterría E. y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1974, pág. 530.

² Silva Cimma E, *Derecho Administrativo chileno y comparado, Actos Contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pág.26.

³ Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo, Temas fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2009, pág. 223.

⁴ Bermúdez Soto J, *Derecho Administrativo general*, Legal Publishing, Santiago, 2010, pág. 82.

II.- Actos administrativos reglados y actos administrativos discrecionales.

No todos los actos de la Administración son dictados en estricto apego a la ley, es por ello que “cada vez que sus actos ejecuten una ley o un reglamento nos encontramos en presencia de un acto reglado, un acto sometido a normas determinadas”⁵, por tanto, en un acto reglado la Administración no tiene libertad suficiente para elegir entre distintas opciones. A diferencia de los actos discrecionales, que según Silva Cimma emanan de la mera voluntad de esa Administración. Sin embargo, como observaremos más adelante, esta distinción no es del todo estricta, un acto administrativo puede estar compuesto de ciertos aspectos reglados, junto con aspectos de exclusiva discreción⁶. Es importante esta aclaración, para efectos del control que sobre los actos administrativos recae, ya que al contener aspectos reglados habilita a los órganos jurisdiccionales para poder conocer de cualquier reclamación que se interpongan en contra de la Administración, es decir, de un control judicial en todos los aspectos de dicho acto. Cuestión, que no es tan clara respecto del contenido discrecional de un acto, como podremos apreciar en el segundo capítulo de este trabajo.

III.- El acto administrativo discrecional.

Una de las facultades con las cuales cuenta la Administración en un Estado de Derecho, es tomar decisiones dentro del ámbito de competencias que el legislador le ha otorgado, poder elegir entre varias alternativas posibles, la que mejor se adecuó a las necesidades públicas y consecuentemente dictar, en virtud de la denominada potestad discrecional de la Administración o discrecionalidad administrativa, serie de actos administrativos relacionados con la materia que esta regulando. Para Pedro Pierry Arrau, la discrecionalidad consiste en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer, sin que su conducta este previamente determinada por la regla de derecho⁷. Mientras que Parejo señala que, al referirnos a la discreción administrativa, equivale indirectamente a la libertad de actuación o elección de la Administración, especialmente bajo la forma de fijación de varias alternativas posibles, o bien directamente bajo la forma de fijación sólo de los fines o de los medios, sin mayor precisión sobre el empleo de estos⁸.

En este sentido, la potestad discrecional es una respuesta a lo estrecho que se transforma la ley para regular aspectos que escapan al dinamismo de las relaciones sociales, quedando aquella potestad -junto con la potestad administrativa reglada- radicada en la Administración para

⁵ Silva Cimma E, “Derecho administrativo chileno y comparado” vol. 5, actos contratos y bienes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile pág. 65.

⁶ Cea Egaña J, “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, No.1, 1984, Santiago, págs. 7-16.

⁷ Pierry Arrau P, “*El control de la discrecionalidad administrativa*”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. N° 8, año 1984, Valparaíso pág. 162-163.

⁸ Luciano Alfonso Parejo, A. Jiménez Blanco y L. Ortega Álvarez, “*Manual de Derecho Administrativo*”, Vol. 1, Editorial Ariel, 1998, Barcelona, pág. 469.

poder decidir sobre “cuestiones cotidianas” de las cuales la ley no se hizo cargo, como por ejemplo, la instalación de un medidor de contaminación en determinadas áreas de una ciudad.

Sin embargo, dentro del ámbito de la potestad discrecional de la Administración no toda decisión va consistir en una simple actuación que pueda adoptar una u otra opción, ambas pueden ser igualmente idóneas para la necesidad pública que se intenta satisfacer. En materia medioambiental varios serán los parámetros o criterios utilizables en la elección entre una y otra alternativa. Generalmente son distintas las variables que se tendrán en consideración para elegir, por ejemplo, qué decisión es más ventajosa para el medioambiente, variables que muchas veces escapan al conocimiento del personal administrativo de un servicio de la Administración Pública, como puede ser por ejemplo, un secretario regional ministerial del medioambiente, quien por su conocimiento a veces limitado de la especialidad y con mayores competencias administrativas no tendrá la competencia técnica suficiente. Por ello, es menester acudir a profesionales de áreas científicas que no integran dicha Administración, para poder resolver todas estas cuestiones técnicas que se susciten en la aprobación de una resolución determinada, así al menos lo ha establecido la ley N° 19.300. Es más, puede la Administración errar en la alternativa que crea es mejor para el fin público perseguido, aún con el apoyo de algún profesional experto, sin embargo, esta decisión tendrá necesariamente que ser controlada por otro órgano del Estado, evaluando los parámetros que se tuvieron en vista para adoptar aquella actuación administrativa y, si la resolución, aquella que contiene la decisión unilateral que fue adoptada, se ajustó a las normas aplicables a la materia en particular, para posteriormente anular el acto dictado o sustituirlo por otro según sea las competencias que se hayan entregado por ley al órgano de control, es decir, la intensidad que tendrá la jurisdicción especializada para poder dejar sin efecto un acto administrativo.

IV.- Discrecionalidad técnica de la Administración.

Una de las características que describe a la Administración chilena y en general a las potestades discrecionales de cualquier Administración, ha sido la progresiva tendencia a complejizar las decisiones producto de los requerimientos de los cuales debe conocer dicho órgano. La instalación de una termoeléctrica en una zona determinada del territorio del país, requiere para su aprobación de una serie de estándares que exige la ley para evitar el daño o el impacto medioambiental, según sea el caso. Para aprobar su instalación en aquella zona, se requiere de conocimientos especializados que evalúen cada uno de los aspectos posiblemente inocuos para el medioambiente. Para ello, se requiere evaluar con conocimientos técnicos las distintas variantes del proyecto. Desde luego que se necesitarán profesionales del área de las ciencias, así como también, investigaciones científicas que aporten conocimientos para respaldar la decisión que tome la Administración, que podrán ser tan distintas como cuantos profesionales

sean consultados. De esta manera, el proceso de tecnificación de la Administración en materia ambiental requiere ser analizado, primero, desde el punto de vista dogmático, vale decir, determinar el concepto de acto discrecional técnico; segundo, por las consecuencias que trae consigo cualquier decisión técnica que sea tomada por la Administración, y, por último, para efectos de establecer parámetros para el control de aquella decisión, es decir, cómo, quién y bajo qué criterios es posible revisar aquél tipo de acto discrecional.

Como pone de manifiesto Desdentado Daroca, no existe consenso en el término de discrecionalidad técnica. Distintas han sido las nociones que se han entregado desde su nacimiento en el seno de la doctrina italiana. Se ha entendido a la discrecionalidad técnica como la “apreciación que ha de efectuar la Administración en la aplicación de conceptos jurídicos de carácter técnico”⁹ o como lo ha expresado Saavedra Fernández “facultad de la Administración, al adoptar una decisión, para complementar una norma en sede aplicativa recurriendo a conceptos de marcado carácter técnico”¹⁰. Otros autores se refieren a la discrecionalidad técnica, relacionando y confundiendo el término con aquellos conceptos jurídicamente indeterminados que se encuentran en la ley, conceptos que deben ser dotados de contenido vía reglamento o alguna otra resolución administrativa. En este sentido, Osvaldo de la Fuente en la doctrina de nuestro país¹¹. A su vez, la autora española, María José Alonso Mas citando a Sainz Moreno, hace notar el error conceptual en el que cae la doctrina italiana, principalmente Giannini cuando se refiere a los supuestos de discrecionalidad técnica que más bien pertenecen a conceptos jurídicos indeterminados¹².

Estas aproximaciones distan del concepto clásico de discrecionalidad técnica de la Administración, que dice relación con aquella distinción que realiza la doctrina entre discrecionalidad fuerte y discrecionalidad débil¹³. Así por ejemplo Dworkin, señala que “A veces hablamos de <<discreción>> en un sentido débil simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento”¹⁴. Para referirse a la discrecionalidad fuerte, el mismo autor señala, “A veces hablamos de discreción no simplemente para decir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión”¹⁵. La discrecionalidad técnica

⁹ Desdentado Daroca E, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad*, Editorial Civitas, Madrid, 1997 pág. 38-39.

¹⁰ Rubén Saavedra Fernández, *Discrecionalidad Administrativa*, Legal Publishing, Santiago, 2011, pág. 29.

¹¹ De La Fuente Castro O, *Control judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*, Abeledo Perrot, Santiago, 2012, pág. 65 y ss.

¹² Alonso Mas M, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998, págs. 337-338

¹³ Desdentado Daroca también se refiere a la distinción entre discrecionalidad fuerte y discrecionalidad débil en su obra, *DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y PLANEAMIENTO URBANÍSTICO*, pág., 52. Aquí se refiere al primer tipo de discrecionalidad, denominándola discrecionalidad jurídico instrumental y conservando el concepto de discrecionalidad fuerte.

¹⁴ Dworkin R, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pág. 84.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 85.

correspondería, por tanto, a aquella discrecionalidad fuerte que se le entrega a la Administración, que no estaría obligada a adoptar una solución ante alguna necesidad de carácter público, sino que tendría libertad para considerar alguna de las apreciaciones que la técnica le suministra para satisfacer aquel interés.

Ahora bien, es necesario distinguir tres tipos de discrecionalidad en los cuales la aproximación que tiene la Administración con las apreciaciones de carácter técnico es diferente; de esta manera Desdentado Daroca comienza describiendo el alcance de “apreciaciones técnicas”, señalando que consisten en la búsqueda de soluciones a problemas prácticos mediante la utilización de saberes especializados y que a partir de ello se infieren que la Administración tendría un amplio margen de discrecionalidad fuerte en aquellos casos en donde acude a la técnica y ésta no se enmarca dentro de un modelo de acción establecido por la ley, sino de varios que son igualmente eficaces, científicamente, para la consecución de un fin público, que como se dijo anteriormente es uno de los elementos fundamentales del acto jurídico. Teniendo varias alternativas posibles la Administración tendrá que optar por una de ellas atendiendo a lo que considere más conveniente para el interés público. A la misma conclusión se debe llegar con aquel acercamiento de la Administración a las apreciaciones técnicas que no han podido científicamente ser objeto de corroboración, y que, por lo tanto, no existe un conocimiento científico avanzado. En estos casos, y al igual que en el anterior, la Administración debe tomar la decisión final conforme a lo que se considere más conveniente para el interés público. Por último, no se puede afirmar la misma discrecionalidad fuerte cuando la actividad de la Administración consiste en la aplicación de conceptos jurídicos que remiten a criterios técnicos. Es la norma que remite a las apreciaciones técnicas, y no queda por tanto, ningún ámbito de decisión propio, sino que la actuación administrativa única y exclusivamente actúe bajo el concepto establecido en la norma, es lo que la autora ha denominado “discrecionalidad instrumental jurídico-técnica”¹⁶. La primera acepción que utiliza la autora, es aquella que me parece más acertada para describir la discrecionalidad técnica de la Administración ambiental en nuestro ordenamiento jurídico, ya que es el legislador quien entrega un espacio de decisión a la autoridad ambiental para que en casos donde deba recurrir a la técnica y existan dos soluciones científicas igualmente eficientes, decida aquella que según su criterio satisfaga de mejor manera el interés público comprometido.

Es así como en la actual legislación ambiental que rige en nuestro país, podemos encontrar uno de los procedimientos más tecnificados, en donde el margen que tiene la Administración para poder aplicar conceptos jurídicos de carácter técnico es el elemento más relevante de dicha actividad; me refiero en particular a las Declaraciones y a los Estudios de Impacto Ambiental que ingresan al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, quien en definitiva y cumpliendo con los requisitos establecidos en la misma ley N° 19.300 sobre bases

¹⁶ Desdentado Daroca E, *Op. Cit.* pág. 61 y ss.

generales del medio ambiente, decide si un determinado proyecto cumple o no con los requisitos establecidos en la normativa.

Otro de los ejemplos en el cual la Administración se encuentra facultada para poder dictar actos vinculantes y, poder actuar de acuerdo a la evaluación técnica que realiza, recurriendo a conceptos de marcado carácter técnico, lo encontramos en el art. 32 de la ley anteriormente citada, que se refiere a las normas de calidad. Se establece de esta manera en el inciso tercero “que un reglamento establecerá el procedimiento a seguir para las normas de calidad ambiental”. Dicho reglamento en su art. 24, por ejemplo establece:

“en la determinación de las normas primarias de calidad ambiental, se recopilarán los antecedentes y se encargará la preparación de los estudios o investigaciones científicas, epidemiológicas, clínicas, toxicológicas y otros que sean necesarios, para establecer los niveles de riesgo para la vida o salud de la población”.

Así, el procedimiento para la creación de normas de emisión y de calidad ambiental estará determinado en su mayoría por componentes técnicos que serán objeto exclusivo de la potestad discrecional de la Administración, que si bien están determinados por ley en la forma, en el fondo son susceptibles de apreciaciones técnico-científicas que corresponde a la Administración elegir entre una y otra opción.

Todos estos acercamientos de la Administración a las apreciaciones técnicas deben estar sujeta a límites, sino correríamos el riesgo de caer en una arbitrariedad propia de los estados autoritarios, arbitrariedad que puede ser aún más dañina cuando hablamos de discrecionalidad técnica, por ello es importante realizar la distinción, ya que a la luz de la entrada en vigencia de la ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, precisamente será este tribunal quién controlará los actos técnicos en materia medioambiental, control que se desarrollará en el próximo capítulo de este trabajo.

V.- Deber de motivación de los actos discrecionales dictados por la Administración.

Sobre los actos dictados por la Administración recae un deber de motivación o fundamentación que a su vez debe satisfacer ciertos estándares. Más aún, creo que sobre los actos discrecionales técnicos la exigencia aumenta, en cuanto a las materias que van a ser reguladas pueden afectar derechos fundamentales, cuando las decisiones tomadas no sean las más adecuadas, debido a un errado acercamiento a las apreciaciones técnicas que realiza la Administración en el ámbito de la discrecionalidad técnica que no es de aquella llamada jurídico-instrumental. Es por ello que sobre la Administración recae un mayor deber de fundamentación

cuando ante dos respuestas científicas distintas se inclina por aquella que, estima, se acerca mejor a la necesidad pública que eventualmente debe satisfacer.

Todo acto administrativo debe tener un objeto, un fin y por cierto, debe estar motivado. Una de las obligaciones esenciales de la Administración es el deber de fundamentar las decisiones que adopte dentro del ámbito de sus competencias. Así lo establece el artículo 41 inc. 4° de la ley 19.980 que a propósito del procedimiento administrativo señala:

“las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresaran además los recursos que contra las mismas procedan...”

Esta fundamentación será el aspecto principal a controlar ya sea por la Contraloría General de la República, o por los Tribunales de Justicia (control interno y control externo respectivamente). Ellos estarán llamados por ley a realizar un proceso de argumentación que terminará en la anulación o no, de un decreto o una resolución según sea el caso.

Para Soto Kloss, el deber de motivación de un acto administrativo consiste en la “expresión formal de aquella situación de hecho que mueve a la Administración a obrar jurídicamente, pues constituye dicha situación una necesidad pública que satisfacer, habiéndose encargado por el ordenamiento el lograr su cumplida satisfacción”¹⁷. Sin embargo, no todas las decisiones adoptadas por la Administración son motivadas por necesidades públicas, existen muchas otras resoluciones que dicen relación con requerimientos de particulares que sólo buscan satisfacer intereses propios o privados. En este sentido, conviene hablar de un deber de fundamentación con el cual tiene que cumplir el acto administrativo dictado, es decir, de que aquella resolución dictada por la Administración responda a ciertos parámetros razonables y de oportunidad para la decisión en particular que adoptará. No quiere decir esto que el acto no debe estar motivado, vale decir, que no tenga una causa, al contrario y como lo establece la doctrina, son requisitos fundamentales para estar ante una decisión unilateral de la Administración, por ello, es igual de esencial que lo anterior, que dicho órgano actúe de manera racional en la dictación un acto administrativo. En consecuencia, no se debe confundir el deber de motivación con el cual debe cumplir todo acto administrativo, con la fundamentación que en sí mismo debe contener.

Ahora bien, realizada dicha prevención, es importante recordar la distinción realizada anteriormente, entre actos reglados y actos discrecionales. Esta clasificación sirve de antecedente para establecer que sobre estos últimos recae un deber mayor de fundamentación, ya que, al no estar completamente determinado por ley, queda un amplio margen de actuación para la Administración con la única limitación de que la decisión unilateral expresada en un acto administrativo no sea arbitraria. Un acto reglado deberá ajustarse a lo establecido por la ley,

¹⁷ Soto Kloss, *Op. Cit*, pág. 351.

mientras que un acto discrecional, va a depender más de la voluntad de la Administración que de la norma.

Con lo anterior no podemos sino establecer que con la discrecionalidad técnica de la Administración debe alcanzarse un estándar mayor de fundamentación, esto porque lo entregado a lo técnico será, como de su naturaleza se deriva, conocimiento especializado a disposición de la Administración, por lo que sólo será una decisión la que podrá adoptarse respecto de alguna materia en particular requerida. Luego, la Administración deberá fundamentar por qué adoptó tal solución técnica en perjuicio de otra que llegaba a otro resultado. La motivación como ha establecido Fernández, siempre tiene que existir, esto es, la Administración debe aducir o señalar alguna razón que explique la decisión, por cuanto lo no motivado es ya por ese solo hecho arbitrario¹⁸.

No sólo debe existir motivación establece Saavedra¹⁹, al fin y al cabo un requisito que puede ser cumplido en términos puramente formales, sino que la decisión concretamente adoptada debe tener una fundamentación adecuada, ya que, “una cosa es la expresión externa de las razones que sirven de fundamento a la decisión y otra muy distinta las razones mismas”²⁰. De esta manera, para no tener que incurrir en arbitrariedad, la actuación administrativa además de estar motivada “debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera”²¹.

El encargado de realizar este control de razonabilidad y de oportunidad de un acto técnico en materia medioambiental será el Tribunal Ambiental. En lo sucesivo de esta investigación, analizaré el tipo de control que realizará el Tribunal, los estándares que deberán satisfacer tal control y las consecuencias que de él se derivan.

¹⁸ Fernández Tomás R, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 165

¹⁹ Saavedra Fernández R, *op. cit.*, pág. 131

²⁰ Fernández T, *op. Cit.* pág. 89-90.

²¹ *Íbidem*, pág. 90

CAPITULO SEGUNDO

El control de la Administración ejercido por los Tribunales Ambientales

Constituye una manifestación del Estado de derecho y del principio de legalidad, la exigencia que debe cumplir la Administración de sujetar sus actuaciones a la ley. Es el legislador quien va a establecer los parámetros bajo los cuales debe actuar la autoridad administrativa, ante la presencia de una necesidad pública. Sin embargo, y como se dijo anteriormente, esta afirmación encontraría una completa aplicación sólo respecto de los actos reglados que dicta la Administración, ya que para los actos discrecionales, y más aún, la discrecionalidad técnica, habría que volver a distinguir ante qué tipo de actuaciones discrecionales nos encontramos, es decir, si la técnica le impone a la Administración una sólo decisión correcta, o, si la autoridad en virtud de su discrecionalidad puede adoptar una entre varias decisiones de carácter técnico, supuesto este último, que escapa a los parámetros de decisión que puede imponer el legislador a la Administración, la ley no puede regular todo el universo de una materia en particular.

Ante este escenario resulta inevitable un control por parte de la jurisdicción de las actuaciones de la Administración, ya sea controlando la discrecionalidad de ésta en la adopción de una alternativa o, en el caso de los actos reglados verificando si se ajustó o no a la ley. En este sentido, “dictado un acto administrativo, cualquiera sea el órgano administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubiesen resultado lesionados”²².

Lo anterior encuentra sustento constitucional en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 38 inc. 2° de nuestra Carta Magna, cuando se refiere a las bases generales de la Administración:

Artículo 38.- “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Este es el fundamento constitucional inmediato de existencia de los nuevos Tribunales Ambientales, los cuales según la ley N° 20.600, tienen competencia para conocer de las *controversias contencioso administrativas en materia ambiental*, conocer de las demandas por daño de similar naturaleza y que a su vez, corresponde el control jurisdiccional de las decisiones de la Superintendencia del Medio Ambiente.

²² Cordero Vega L, *El control de la Administración del Estado*, Legal Publishing, 2009, pág. 157.

I.- Análisis del art. 30 de la ley N° 20.600 que regula el contenido de la sentencia emitida por el Tribunal.

Son tres los procedimientos que establece la ley 20.600; el primero, procedimiento para conocer de las reclamaciones por las decisiones de la autoridad administrativa, esto es, Decretos supremos que establezcan normas primarias o secundarias de calidad ambiental y normas de emisión, Resoluciones de la Superintendencia; Resoluciones del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental; el segundo, procedimiento para conocer de las solicitudes de aprobación de medidas provisionales, suspensiones y aplicación de sanciones adoptadas por la Superintendencia del Medio Ambiente; y el tercero y último, procedimiento para conocer de las demandas por daño ambiental.

Dentro de todos estos procedimientos será el Procedimiento por Reclamaciones por decisiones de la autoridad administrativa, el objeto de estudio de esta sección y en particular la etapa procesal de la sentencia, que establece cuál será el control que realiza el Tribunal de la discrecionalidad técnica de la Administración.

“Artículo 30.- Sentencia. La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada. En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Del texto legal se extrae que las actuaciones de la Administración deberán adecuarse a la “normativa vigente”, entre las cuales se encuentra la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medioambiente y la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medioambiente N° 20.417, que junto con la ley que crea los Tribunales Ambientales, forman parte de la nueva Institucionalidad Medioambiental vigente en nuestro país.

Ahora bien, respecto de la competencia que tendrá el Tribunal para controlar los actos de la Administración y más en particular, control de la discrecionalidad técnica, la ley se refiere expresamente a un control de tipo anulatorio, estableciendo que podrá “*anular total o parcialmente*” dichos actos.

La doctrina ha entendido que los controles jurisdiccionales a la Administración pueden ser de dos tipos dependiendo la intensidad con el cual los tribunales conocen y resuelven en sus sentencias; este puede ser de tipo anulatorio o un control sustitutivo de la actividad de la Administración. Así Saavedra Fernández se refiere a esta distinción en los siguientes términos,

“(…) El tribunal podría constatar que la decisión (de la actuación discrecional administrativa) ha vulnerado los límites de un ejercicio legítimo de la discrecionalidad y, en consecuencia, anular la actuación impugnada. Estamos en este caso ante un mero *control de anulación*.”

Sin embargo, en este contexto, efectuado el control de juridicidad de una decisión administrativa discrecional, podría ir el tribunal un poco más allá y no limitarse a la mera anulación de la actuación administrativa, sino que adicionalmente podría adoptar una medida o resolver el conflicto planteado, adjudicando y entrar a sustituir la decisión administrativa impugnada, lo que da lugar a un *control de sustitución*²³.

El tipo de control jurisdiccional en materia medioambiental por el cual optó el legislador, en nada se parece al control sustitución que ha propuesto la doctrina, la ley se aleja de este tipo de control y opta como facultad para los Tribunales Ambientales por el de tipo anulatorio. Luego, el Tribunal una vez que conozca de la reclamación en particular, sólo podrá declarar nulo el acto impugnado y acto seguido, “devolver” la competencia a la Administración para que pueda dictar un nuevo acto. Esto presupone una “condición de deferencia” de la Jurisdicción hacia la Administración a la cual me referiré en un apartado posterior.

Una de las razones por la cual el legislador no ha querido optar por el control de sustitución puede encontrarse expuesta por el profesor Cordero Vega, uno de los principales artífices de la ley N° 20.600, cuando éste desliza una crítica a este tipo de control, en su libro “El control de la Administración del Estado”. En particular, se refiere a la intensidad del control judicial, señalando que este se ve afectado por la discrecionalidad que el legislador ha entregado a la Administración, ya que esa circunstancia de poder del órgano administrativo lleva a una especie de impotencia judicial para fiscalizar elementos extrajurídicos de las decisiones que no vulneran ningún límite, impotencia derivada de los límites intrínsecos a la función judicial y al razonamiento jurídico. Empero, señala el autor, este límite tan claro es del todo conflictivo en casos difíciles, lo que considerando el principio de inexcusabilidad y el contenido y redacción del art. 170 del CPC, llevan a un juez a ingresar en el espacio de la “idoneidad finalista” y de la “decisión administrativa”, lo que ciertamente supone un enfrentamiento sobre los límites de la intervención judicial²⁴. Estos elementos extrajurídicos a los que se refiere Cordero Vega perfectamente pueden ser la técnica a la cuál debe acudir la Administración para adoptar una decisión que satisfaga el interés público, que sin duda alguna interviene el espacio de control que tendrá la jurisdicción y que en el caso de los Tribunales Ambientales sólo es de tipo anulatorio, sin posibilidad de sustituir aquel contenido del acto impugnado.

A nivel de derecho comparado el control de tipo sustitutivo no es rechazado en el contencioso-administrativo español. En este sentido el profesor Luis Fernández Espinar al

²³ Rubén Saavedra Fernández, *Op. Cit.*, pág. 89.

²⁴ Cordero Vega L, *El control de la Administración... Op. Cit.* pág. 166.

referirse al control de la discrecionalidad técnica de la Administración y cómo han fallado los tribunales, en especial el Tribunal Supremo español señala, “frente al tradicional argumento en contra de la no posible «sustitución», injerencia » o «activismo judicial», el tribunal supremo establece que la sustitución en la decisión administrativa por parte de los tribunales no puede llevarse a cabo mediante la emisión a su vez de una decisión de este tipo técnico por los propios criterios o conocimientos del tribunal, pero señala que a través de las pruebas realizadas en el proceso, los tribunales pueden llegar a una conclusión contraria a la que se ampara en la presunción de legalidad. Y frente al argumento de que los tribunales no pueden entrar en la competencia propia de las actuaciones y decisiones de la administración y en los aspectos discrecionales de dichas decisiones donde existiría libertad para elegir entre las distintas opciones, el tribunal supremo recuerda a la Administración que esa libertad de criterio, como ocurre con la de los jueces a la hora de dictar sentencias, no es incompatible con un control posterior de dichos actos o resoluciones, y para que no quepan ya dudas sobre la posición del poder judicial y la de la Administración en nuestro Estado de Derecho, que finalmente se impone la decisión del Poder judicial que está en la cúspide de la respectiva jerarquía funcional o judicial”²⁵.

Sobre esta posición debemos dar un paso más allá en la interpretación del artículo 30 de la ley N° 20.600, en el sentido de no quedarnos con un solo tipo de control para los actos administrativos, al contrario, es deseable que el legislador hubiese realizado una distinción frente a los casos en que la Administración recurra a la técnica, estableciendo que, en los casos en los cuales existan alternativas para una misma solución el control jurisdiccional no puede ser otro que el de tipo anulatorio. Situación distinta es controlar los actos en donde la Administración teniendo una solución posible que le entrega la técnica, haya optado por otra decisión que vulnere a quien este recurriendo ante los Tribunales Ambientales, en este caso hubiera sido más correcto de parte del legislador entregarle la facultad a los tribunales para que pudiera optar por un control de tipo sustitutivo, como se retomará más adelante.

Lo anterior en ningún caso afectaría el principio de la deferencia de la judicatura hacia la Administración, tampoco involucra una afectación al principio de separación de poderes en un Estado de Derecho. Simplemente lo que se busca con la anterior afirmación es que aquel sujeto activo que realiza el requerimiento no se vea vulnerado nuevamente por esta competencia que se le “devuelve” a la Administración, para que ésta dicte un nuevo acto al cual los tribunales no señalan ninguna base para la creación de aquel acto anulado. Cuando la técnica le ha dado una sola opción posible a la Administración, determinando el contenido del acto (que como afirmamos, es uno sólo), lo que se busca es que el afectado no esté expuesto a tener que recurrir

²⁵ Luis Carlos Fernández Espinar, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, en Revista jurídica de Castilla y León, N° 26, Enero 2012, 211-258, pp.19, consultado el 23 de diciembre de 2013 en http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/813/15/Fernandez%20Espinar.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL_delaPresidencia&blobnocache=true

nuevamente al Tribunal si es que el nuevo acto dictado por la Administración le provoca algún perjuicio igual o mayor que el acto administrativo que fue anulado por el Tribunal, en fin, si se ve afectado en sus derechos fundamentales.

II.- Control de la discrecionalidad técnica de la Administración.

En parte nos hemos referido en las anteriores secciones sobre el control que realiza o podría realizar la jurisdicción respecto de la discrecionalidad de la Administración, el tipo de control y la norma donde se encuentra contenida. Ahora bien, nos remitiremos a lo exclusivamente técnico, es decir, donde el criterio de decisión del control judicial se basa en un juicio que es de tipo técnico o científico. En nuestro ejemplo propuesto en el capítulo anterior sobre la determinación de las normas primarias de calidad ambiental; si la Administración pudo o no adoptar la decisión correcta en vista de los estudios o investigaciones científicas, epidemiológicas, clínicas, toxicológicas y otros que hayan sido necesarios, para establecer los niveles de riesgo para la vida o salud de la población, que la ley encarga a la Administración para poder actuar dentro del ámbito de su potestad discrecional. Como señala Requero Ibañez en la doctrina española, “en estos casos la decisión administrativa no es libre, indiferente, sino que se basa en un previo juicio de valoración de índole técnica o científica exigida por la norma de cobertura”²⁶.

El punto de partida aquí, es que la jurisdicción está facultada para controlar este tipo de actuaciones administrativas, por lo tanto, daré por superada aquella discusión doctrinal sobre la idoneidad del control jurisdiccional, o al menos no se expondrán los argumentos que justifican una u otra posición. Si la ley otorga la posibilidad a los tribunales de anular las resoluciones de la Administración ambiental no es del caso revisar si es o no deseable.

La decisión técnica de la Administración será del todo controlable, sea que la misma técnica científica le entregue una sola opción o, varias alternativas de adopción de decisión al órgano ambiental. Haciendo aplicable el estudio del contencioso administrativo español al control que realiza el Tribunal Ambiental, “se está ante casos en los que el juzgador enjuicia decisiones administrativas y, por tanto, jurídicas, basadas en criterios técnicos, pero siempre revisables judicialmente y contrastables con una prueba técnica contradictoria. Se estará ante conceptos jurídicos en principio indeterminados, integrables técnicamente y, por esa razón, perfectamente contrastables a través de una pericia técnica”²⁷.

De la misma manera se refiere Osvaldo De la Fuente, cuando analiza la discrecionalidad en la Resolución de Calificación Ambiental contenida en el art. 24 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente: “tratar la discrecionalidad de estos elementos de la

²⁶ Requero Ibañez, José Luis, *Arbitrariedad y discrecionalidad, en Constitución y control de la actividad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, edición XII, 2003, págs. 83-124, pág. 108 y ss.

²⁷ *Ibidem*, 110-111.

RCA es sumamente complejo. En efecto, el establecimiento de medidas ambientales responden a un proceso donde (i) se identificaron los impactos ambientales, (ii) se determinó cuáles de ellos eran significativos, (iii) se analizaron medidas que fuesen adecuadas para “hacerse cargo de ellos”. En lo que respecta a las condiciones o exigencias ambientales, la LBGMA sólo establece como límite que deben responder a criterios técnicos expuestos durante el procedimiento de evaluación de impacto ambiental”²⁸.

Estos elementos de la RCA son los que presentan mayores dificultades al momento de determinar el alcance del control judicial. En efecto, como señala De la Fuente, tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, como no es posible darle varios significados a la vez podemos decir que en el caso concreto corresponderá dar sólo una solución.

El autor no se refiere expresamente a la discrecionalidad técnica de la Administración, sin embargo y como se dijo anteriormente, cuando aquel órgano recurre a la técnica para adoptar alguna decisión, necesariamente debe ocupar ese ámbito de discrecionalidad cuando el legislador ha redactado la norma con concepto jurídicamente indeterminados, a los cuales la técnica científica puede dotar de contenido, es en este punto donde se centra el conflicto del control jurisdiccional a las decisiones de la Administración. Si del control que realizará el Tribunal Ambiental es posible y en qué medida podrá anular un acto administrativo técnico en materia ambiental, cual serán los estándares de razonabilidad que deberá utilizar para argumentar su decisión en la sentencia final de este procedimiento contencioso-administrativo.

III.- Estándar de control judicial de los actos administrativos, una mirada crítica a la ley N° 20.600.

1. El estándar de control judicial en las resoluciones del Tribunal Ambiental.

El Tribunal Ambiental deberá someter el ejercicio de control de la Administración del Estado, al desarrollo lógico de una actividad comprobadora, por lo que va a requerir necesariamente de parámetros previos (jurídicos, contables, fines desarrollados a través de programas o planificaciones) y que al término de la fase activa de control, envuelvan un juicio de valoración que pueda importar la adopción de medidas de distinta significación, dependiendo si hubo conformidad o disconformidad con el término de comparación efectuada. Estos parámetros previos son lo que se ha denominado en doctrina, “estándares de control”²⁹.

Ahora bien, respecto de los estándar de control judicial de los actos discrecionales que emanan de la Administración, estos se definen como, “aquellos parámetros que utiliza el juez para examinar el ejercicio de una potestad pública y evaluar si se ajusta a Derecho”³⁰. En esta línea, Saavedra Fernández se refiere a los estándar de control judicial como las “técnicas de

²⁸ De la Fuente Castro, O, *op. cit.*, pp. 73

²⁹ Cordero vega L, *El control de la Administración del Estado*, cit, pág. 20

³⁰ De la Fuente Castro, O, *op. cit.*, pág. 80.

control de la discrecionalidad” que en su concepto significan, “parámetros o criterios jurídicos de origen constitucional, legal, jurisprudencial o aun doctrinal, utilizados por los tribunales contencioso-administrativos u ordinarios, con la finalidad de revisar que el *ejercicio* de una potestad discrecional se ajuste a los límites de juridicidad, entendida ésta como un sometimiento pleno al bloque de constitucionalidad”³¹.

Históricamente quienes han aplicado estándares de control judicial para revisar las actuaciones de la Administración han sido los tribunales ordinarios y las Cortes de Apelaciones respectivas, vía reclamos o recursos de ilegalidad. Sin embargo, es este último el de mayor utilización, como señalan Bordalí y Ferrada, “en el ámbito del Derecho Administrativo, el Recurso de Protección probablemente, atendido su desformalización y rapidez, se ha constituido en el mecanismo ordinario de impugnación de los actos administrativos, al grado de operar como un verdadero contencioso-administrativo general y supletorio”³². El otro importante procedimiento de impugnación hasta antes de la entrada en vigencia de los Tribunales Ambientales ha sido la creación doctrinal y jurisprudencial de la nulidad de derecho público, procedimiento en el cual se reconoce como motivos de nulidad la ausencia de investidura regular del titular del órgano, la incompetencia del órgano, vicios de forma y procedimiento, violación de la ley o ilegalidad, y desviación de poder y, en donde el tribunal competente llamado a conocer son los tribunales ordinarios de justicia³³.

En la dictación de un acto discrecional técnico por parte de la Administración Ambiental, no sólo los criterios que se observan en la nulidad de derecho de público son suficientes para poder anular aquella actuación administrativa. Es fundamental tener en consideración los distintos parámetros que ha establecido la doctrina a la hora en que el Tribunal debe adoptar una decisión y fundamentar posteriormente su sentencia que anula o no el acto administrativo. Los distintos estándares judiciales de control de los actos discrecionales de Administración que propone la doctrina son:

- i) Razonabilidad, racionalidad o interdicción de la arbitrariedad
- ii) Proporcionalidad
- iii) Desviación de poder
- iv) Abuso de poder
- v) Apreciación de los hechos
- vi) Coherencia de la decisión.

Una prevención antes de detallar los estándares de control es dejar en claro sobre qué se ejercerá el control, si será un control de oportunidad del acto, control atribución o será un control

³¹ Saavedra Fernández R, *op. cit.* pág. 101.

³² Bordalí Salamanca A, Ferrada Bórquez J, *Estudio de justicia administrativa*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pág. 41.

³³ *Idem*

de ejercicio de la actividad administrativa discrecional técnica. En este sentido Domingo Sesin en la doctrina argentina refiere que, “el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida <<dentro>> de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su <<ejercicio>>”³⁴. Por lo anterior, en este trabajo me referiré sólo a este tipo de control para efectos de revisar los estándares de aplicación del razonamiento de los Tribunales Ambientales. Dejaré de lado el control de oportunidad y el de atribución, por ser estos ajenos a las cuestiones técnicas, a las cuales debe recurrir la Administración ya que estos más bien atienden a otros aspectos de los actos administrativos discrecionales, como lo son la extemporaneidad de la dictación del acto, delegación de potestades, investidura regular de los funcionarios de la Administración, etc.

i) Razonabilidad, racionalidad o interdicción de la arbitrariedad.

El mensaje presidencial contenido en la Historia de la Ley que creó los Tribunales Ambientales se refería a estos estándares, como una de las piedras angulares del sistema de control del cual gozarían esta jurisdicción especializada. Al referirse a ellos, señalaba que el Tribunal tendría una naturaleza contenciosa-administrativa, pero con un estándar de revisión judicial amplio que debía considerar en su sentencia aspectos jurídicos, como la *razonabilidad* y *proporcionalidad*, así como también, aspectos jurídicos técnicos ambientales³⁵.

Según Parejo, la razonabilidad o racionalidad debe ser entendida no en el sentido de una norma positiva capaz de indicar la única solución justa, como ha sido entendida por la jurisprudencia contenciosa administrativa y la doctrina española, sino que debe ser entendida en el sentido negativo de la expresión, como “precisión de los límites externos (el marco) del referido espacio de libre decisión administrativa, capaz desde luego para justificar la anulación de la decisión administrativa y por tanto, de sustitución de ésta por otra judicial”³⁶. Según el autor, este estándar deriva como consecuencia del principio de interdicción de la arbitrariedad que se ha establecido en la Constitución española, que no ha podido otorgar, ni autorizar el otorgamiento de una competencia para adoptar decisiones abiertamente irracionales o manifiestamente arbitrarias.

³⁴ Sesin Domingo, “El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica”, en Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Córdoba, pág. 3, disponible en <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/infancia/doctrina/control-legalidad-sesin.pdf>, consultado el 29 de diciembre de 2013.

³⁵ Historia de la Ley 20.600, pág. 12.

³⁶ Parejo Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 104.

Por otro lado, Tomás Ramón Fernández señala que en el control judicial que deben realizar los tribunales que controlan la discrecionalidad de la Administración deben aplicar un doble test: un test de racionalidad y, posteriormente, un test de razonabilidad³⁷. En el test de racionalidad el tribunal deberá verificar: a) si la realidad de los hechos ha sido respetado por la Administración. La Administración no puede crear hechos; b) Si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido en el procedimiento de formación de la decisión un factor que no lo sea; c) si se ha tenido en cuenta por la Administración el mayor valor que puede conceder el otorgamiento a uno de estos factores, y d) si, en caso de tener todos los factores de obligada el mismo valor jurídico, la Administración ha razonado o no la adopción de una solución o si el razonamiento aportado adolece de errores lógicos, o en fin, resulta inconsistente consistente con la realidad de los hechos³⁸. Saavedra Fernández, señala siguiendo al autor español, “que si en este primer nivel de análisis el test es desfavorable para la Administración, el juez debe anular la decisión administrativa. Pero si el test de racionalidad es favorable a la Administración, el juez debe confirmar la decisión adoptada por aquella”³⁹.

El control judicial no sólo se debe agotar con el anterior test de racionalidad, sino que además, señala el autor español, la decisión adoptada por la Administración, aún debe ser confrontada con un segundo test, en este caso de razonabilidad. Mediante éste, el juez analizará si la decisión administrativa, a) adolece de incoherencia <<por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin>>, b) si la decisión resulta claramente desproporcionada⁴⁰.

El mensaje presidencial al congreso para la creación de los Tribunales Ambientales confundía el estándar del razonabilidad con el resto de los estándares que la doctrina ha señalado como independientes del primero. El mensaje del ejecutivo establecía varios estándares de control que finalmente no se mantuvieron ni se incorporaron en la ley que regulaban los distintos procedimientos de los cuales conocería el Tribunal. El proyecto señalaba que cuando lo impugnado sea un acto administrativo, el Tribunal en su sentencia debía decidir todas las actuaciones planteadas, interpretar las normas que correspondan, así como determinar el sentido y el alcance de las condiciones a las cuales debía someterse el organismo administrativo de que se trate. En efecto, el mensaje señalaba los siguientes estándares: (a) estándar de legalidad; (b) estándar de razonabilidad, para lo cual el tribunal debía (i) verificar que el acto no haya sido dictado de manera arbitraria o caprichosa, (ii) que no haya sido dictado en abuso de su poder discrecional, (iii) que no haya violentado ningún derecho o garantía constitucional, (iv) que no haya actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas, (v) no haya actuado con desviación de fin o de poder, (vi) que los supuesto de hecho sobre los cuales

³⁷ Fernández T, *op. cit.*, 253 y ss.

³⁸ Saavedra Fernández R, *op. Cit.* pág. 132.

³⁹ *Ídem.*

⁴⁰ Fernández T, *op. Cit.* pág. 256

descansa la decisión se encuentren debidamente acreditados en el procedimiento administrativo; (c) estándar de procedimiento e información, referido al cumplimiento del procedimiento administrativo, que el acto se encuentre respaldado mediante pruebas sustanciales y que disponga de información técnica adecuada.

Por último, existe una clara consagración positiva de la racionalidad y de la interdicción de la arbitrariedad en nuestro sistema jurídico que no se encuentra en la ley 20.600, diversas normas constitucionales revelan, en su conjunto, la consagración de tal interdicción, a) La norma prevista en el art. 19, N°2, inc. 2°, se opone a que la ley o autoridad alguna establezcan *diferencias arbitraria*, b) el precepto del art. 19 N°3, inc.5°, que se refiere a la garantía del debido proceso, impone al legislador el deber de “establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento” y, c) el art. 19 N°17, letra i) que repugna ciertas resoluciones judiciales injustificadamente erróneas o *arbitrarias*, dando derecho a la indemnización en determinadas hipótesis⁴¹.

ii) Proporcionalidad

El estándar de proporcionalidad “consiste en una revisión de la decisión adoptada por la Administración a la luz de los fines para los cuales se le ha otorgado la potestad en cuyo ejercicio ha adoptado una decisión”⁴², o como refiere Cordero Vega, cuando analiza la proporcionalidad a la luz del procedimiento de congruencia que debe regir el procedimiento administrativo, la proporcionalidad “tiene como centro normativo la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos del contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que ésta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se dan fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas”⁴³.

El principio de proporcionalidad ofrece una completa metodología de revisión judicial, que refuerza en último término la fundamentación de la sentencia⁴⁴. La doctrina alemana ha identificado tres subprincipios en materia de proporcionalidad referida al Estado legislador en el ámbito de la regulación de los derechos fundamentales, que a mi juicio parecen plenamente aplicables al control jurisdiccional que debería operar en un contencioso administrativo. a) el principio de necesidad, exige que dentro de las medidas idóneas para la consecución del fin, se adopte la menos lesiva o perjudicial para el afectado. Se trata de un mayor grado de control que ya entra en la discrecionalidad de la Administración. No obstante, en virtud de este sub-principio,

⁴¹ Reyes Riveros Jorge, *Invalidación de los actos administrativos*, Lexis Nexis, 2002, Santiago, pág. 55.

⁴² Gladys Camacho, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV: La Actividad Sustancial de la Administración del Estado*, Santiago, Legal Publishing, 2010, pág. 75.

⁴³ Cordero Vega L, *El Procedimiento administrativo*. Lexis Nexis, Santiago, 2003, pág. 82.

⁴⁴ De La Fuente Castro O, *op. cit.* pág. 87

basta que el interesado acredite ante el tribunal la existencia de medidas menos restrictivas para solicitar la nulidad del acto administrativo, sin que sea posible reemplazar la decisión de la Administración. b) En virtud del principio de idoneidad, a su vez se evalúa la aptitud que tiene la decisión para alcanzar el fin propuesto por la norma. De acuerdo a este sub-principio, el tribunal analizará si la medida permite alcanzar o no este fin, recurriendo al uso de las máximas de la experiencia o conocimiento especializado. c) Por último, la proporcionalidad estricta compara las ventajas y desventajas de la decisión. Se trata de un balance entre los beneficios de la decisión y los perjuicios que ocasiona, excluyendo de este modo aquellos que presenten mayores perjuicios que beneficios. En este sentido, lo que ordena la proporcionalidad es que “cuanto mayor sea el grado de perjuicio al ciudadano, mayor ha de ser la importancia del fin público”⁴⁵.

El examen de la proporcionalidad opera en forma progresiva y escalonada. “En primer lugar, corresponde analizar si la medida propuesta sirve para alcanzar el fin para el cual se ha atribuido una potestad discrecional, análisis donde serán relevantes antecedentes de hecho de la decisión impugnada. Si la medida es idónea, corresponde analizar si existían otras medidas menos gravosas que cumplan la misma finalidad. Finalmente, una medida podrá ser idónea y la menos lesiva, pero además requiere estar justificada porque produce mayores beneficios que desventajas”⁴⁶.

Cualquiera de estos sub-principios es suficiente para calificar la decisión como desproporcionada. En este sentido, la carga argumental de la sentencia es alta y por ello se considera que “la proporcionalidad, aplicada en su estructura tripartita, sólo puede generar motivación, en tanto su aplicación requiere de un análisis de medio, fines y hechos y el equilibrio entre todos ellos. Si el juicio se realiza siguiendo estas pautas, entonces la función deferente resulta neutralizada merced a la fuerza argumentativa del control de proporcionalidad”⁴⁷.

iii) Desviación de poder

“La desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión administrativa, que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado”⁴⁸. Este recurso o principio como lo ha llamado la doctrina, también se encontraba en el mensaje del proyecto de ley pero, como un “sub-estándar” dentro de la razonabilidad, cuestión que me parece se encontraba acertada por ser la desviación de poder un estándar objetivo y no de carácter subjetivo como se podría llegar a pensar, debido al fin debe tener en consideración la Administración, para dictar un acto administrativo. En este sentido, Saavedra manifiesta, “el juez debe ponderar con criterios objetivos la eventual desviación del fin, de lo contrario existe el riesgo cierto de que mediante esta técnica (o estándar) se efectúe un

⁴⁵ Sarmiento D, *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo, Un Análisis Jurídico desde el Derecho Español*, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 37.

⁴⁶ *Ibidem*, pag. 38.

⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁸ Pierry Arrau P, *op. cit.* pág. 165

escrutinio moral de las decisiones del agente que obra por la Administración, descuidando en definitiva, el control de la legalidad objetiva”⁴⁹.

iv) Abuso de poder

El proyecto de ley lo introducía como un elemento del estándar de razonabilidad que debía cumplir el control judicial, “los jueces deben establecer si el acto de la administración ha sido razonable para lo cual deberá verificar que: (2) No ha sido dictado en abuso de su potestad discrecional⁵⁰. La gran ventaja de esta técnica de control como señala Saavedra, es su evidente sencillez, por cuanto permite al juez una identificación clara de las causales de procedencia. Asimismo, existe una absoluta seguridad y certeza en la aplicación de los criterios de anulación que adoptará el juez respecto de los actos discrecionales sujetos a su control, por cuanto se trata de vicios evidentes y objetivos, que no dan cabida a las apreciaciones del juzgador⁵¹.

v) Apreciación de los hechos

Al igual que las técnicas o estándar anteriores, la apreciación de los hechos se encontraba como un elemento de razonabilidad en el proyecto de ley de la forma en que sigue, “los supuestos de hecho sobre los cuales descansa la decisión se encuentren debidamente acreditados en el procedimiento administrativo”⁵². Sobre esto, el autor que en este apartado se sigue, y aplicando su razonamiento a los Tribunales ambientales, “esta técnica de control de la discrecionalidad administrativa resulta altamente cuestionable porque la apreciación que efectúe el sentenciador debe tener una base en el expediente para demostrar que la apreciación de la autoridad es manifiestamente errónea⁵³.

⁴⁹ Saavedra Fernández R, *op. cit.*, pág. 110.

⁵⁰ Historia de la ley N° 20.600

⁵¹ Saavedra Fernández R, *op. cit.* pág. 108

⁵² Historia de la Ley N° 20.600

⁵³ En esta parte de su texto el autor señala los requisitos con los cuales debería cumplir un tribunal para poder anular una decisión administrativa, de esta manera menciona, a) que exista un manifiesto error de apreciación de la Administración, un error notorio y evidente. Si existe algún grado de razonabilidad, por mínimo que sea, en la decisión adoptada por la Administración, en la duda, el tribunal debe ser deferente con la autoridad administrativa; b) el tribunal tiene que ser capaz de rehacer el “iter procedimental” de la decisión adoptada, a través de un examen exhaustivo del expediente administrativo. Por ello si la decisión que ha adoptado la Administración se ha efectuado sin la existencia de un expediente administrativo propiamente tal, v. gr. en casos de discrecionalidad reglamentaria o discrecionalidad política, el tribunal no puede apreciar los hechos en abstracto, y c) el tribunal tiene que contar también con antecedentes o pericias técnicas que avalen su decisión anulatoria, de lo contrario, sólo se estaría sustituyendo una discrecionalidad legalmente atribuida a la Administración, por una discutible discrecionalidad judicial. Saavedra Fernández R, *op. cit.*, pág. 119-120.

vi) Coherencia de la decisión

No se encontraba inicialmente considerado en el proyecto por lo que se trata de una elaboración doctrinal que hubiese sido deseable que se encontrara en la ley. De esta manera De La Fuente asegura, “la coherencia de la decisión se compone de dos sub-estándares: coherencia con la práctica administrativa previa, cuyo fundamento es la igualdad ante la ley; y la coherencia interna de la decisión, lo que implica a su vez un estándar de fundamentación. La coherencia interna de la decisión exige a la Administración que exista congruencia entre la decisión que adopte y la información que se utilizó para adoptar aquella decisión. En palabras de Desdentado Daroca, “que de los hechos determinantes (premisas) puede derivarse la conclusión a la que ha llegado la Administración y que, por tanto, la decisión cumple con los requisitos de la lógica formal”⁵⁴.

Finalmente, De La Fuente ha señalado que la eliminación de los estándares de control judicial en el proyecto de ley que crea los Tribunales Ambientales “deja abierto el problema del control judicial del ejercicio de potestades discrecionales y lo intensifica generando una mayor tensión. En efecto, la composición mixta del tribunal incentiva a una menor deferencia institucional, y en contrapartida, un mayor activismo judicial. La omisión de estándares de control judicial en la ley entrega la solución de esta tensión a los Tribunales Ambientales, quienes deberá establecer jurisprudencialmente los límites al control judicial que ejercerán sobre actos administrativos de carácter ambiental, tanto en su extensión como resultado”⁵⁵. Adhiero a esta opinión, en consideración a que dejar establecido expresamente como estándar para el control judicial, únicamente que se compruebe que el acto “no es conforme a la normativa vigente”, como lo expresa el actual artículo 30 de la Ley en cuestión, significa entregarle al Tribunal una determinación de sus propios estándares a los cuales tendrá que recurrir al momento de dictar la sentencia. No me parece conveniente no haberlo considerado en la ley, por lo dispar que podrían ser las resoluciones de esta magistratura ante un caso de similares antecedentes. Es más, para la anulación de actos administrativos que pueden afectar un derecho colectivo como finalmente es el Medioambiente, es necesario dar al Tribunal ciertos criterios en los cuales basar su razonamiento. Es por ello que se propone a modo de lege feranda, una consagración de los estándares que la doctrina ha señalado. Mientras ello no suceda, sólo podemos quedarnos con la jurisprudencia de los tribunales que, por lo reciente de su instauración deberán remitirse a las decisiones de los tribunales ordinarios que tenían (y siguen conservando) la competencia para resolución de contiendas contenciosas-administrativas.

⁵⁴ Eva Desdentado Daroca, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 221.

⁵⁵ De la Fuente Castro O, *op. Cit.* pág. 82

2. El control negativo

En la medida que en una regulación jurídica se utilizan conceptos que remiten a criterios técnicos, estos últimos pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico y, por tanto, se convierten, también, en parámetros de legalidad. Por ello, como manifiesta Desdentado Daroca, “no puede negarse el carácter jurídico de la operación de concreción y aplicación de conceptos normativos que remiten a criterios técnicos ni puede excluirse el control judicial de la conformidad de la actividad administrativa a la legalidad por el mero hecho de que en ella se utilicen conceptos técnicos”⁵⁶. Teniendo claro que la discrecionalidad técnica no queda al margen de la juridicidad, debemos analizar cuál será el tipo de control que ejercerá el Tribunal, para lo cual necesariamente nos remitimos a la ley cuando en su art. 30 ha establecido que el tribunal sólo podrá anular el acto administrativo impugnado, “...anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada”. De esta manera el Tribunal no podrá dotar de contenido la sentencia que se pronuncie, es decir, no podrá sustituir lo dictado por la Administración por una decisión propia y sólo se pronunciará sobre la anulación de la decisión administrativa.

Quien se ha referido extensamente al control negativo es el profesor de derecho administrativo Mariano Bacigalupo, autor español que se refiere a la diferencia que existe entre el tipo de control negativo y el de tipo positivo, señalando que si la programación de la administración es positiva “el control jurídico (positivo) no se limite al rechazo de toda actuación que no se corresponda con la única conforme a Derecho (en el caso del recurso contra actos, pues a un control *anulatorio*), sino que englobe la posibilidad de condenar a la Administración a llevar acabo esta última o incluso, cuando exista base para ello en los autos, la de sustituir la actuación administrativa impugnada mediante la imposición judicial directa de la única solución conforme a Derecho”⁵⁷. Y para referirse al control negativo que realiza la jurisdicción contenciosa-administrativa refiere, “por el contrario, si la programación es *negativa* el control jurídico (negativo) debe limitarse, obviamente, al rechazo de aquellas actuaciones que adolezcan de algún vicio jurídico (...)”⁵⁸. Tomas R. Fernández también se refiere a este tipo de control, llegando incluso a un punto más allá de la mera actuación negativa del juez en el proceso de elaboración de una sentencia, señalando que aún en casos excepcionales comprende, la sustitución de la actuación administrativa, obviamente teniendo la precaución de no incurrir en un exceso de jurisdicción⁵⁹. Sánchez Morón también se refiere al control negativo señalando, “si se constata la infracción de alguno de los límites jurídicos del ejercicio de la discrecionalidad, el órgano judicial no puede determinar el contenido de la decisión a adoptar en sustitución de la anulada, salvo que en realidad se llegue a la conclusión, mediante el razonamiento jurídico, de que sólo hay una

⁵⁶ Desdentado Daroca E, *Los problemas del control.... cit*, pág. 117.

⁵⁷ Bacigalupo M. *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Editorial Marcial, Madrid, 1997, págs. 208-209

⁵⁸ *Ídem*.

⁵⁹ Fernández Tomas R, *De la arbitrariedad de la Administración, op.cit.* pág. 167 y ss.

solución posible en derecho. Pero esto equivale a decir que la decisión a adoptar en el caso no era discrecional, sino reglada”⁶⁰.

Dicho lo anterior, más patente se hace el control negativo a partir del inc. 2º del art. 30 que establece,

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

3. ¿Por qué los tribunales no pueden sustituir la actividad de la Administración? Bases para su justificación.

Como se expresó anteriormente, no existen dudas de que la discrecionalidad de la Administración debe ser controlada por los órganos jurisdiccionales respectivos; no existen márgenes de actuación administrativa que no queden cubiertos, menos cuando la técnica entregue distintas alternativas todas igualmente eficientes para satisfacer un interés público.

Ahora bien ¿cuál es la relación entre Administración y el órgano que ejerce el control? como ha expresado el profesor Cordero Vega, “el debate sobre el control judicial frente a la Administración se basa en la teoría de la separación de poderes y en la deferencia razonada, ambos como expositores de ciertos criterios prudenciales”⁶¹. Esto encuentra su base en los criterios de autoridad y capacidad, en otros términos –expresa el profesor Cordero- el juez debe considerar dos tipos de deferencia, basado en el hecho en que es el legislador el que entrega esas competencias: Autoridad y de Capacidad⁶².

La Administración ambiental siempre va a contar con el personal técnico más idóneo para realizar una actuación administrativa, al menos es lo deseable. No podemos asegurar lo mismo de la jurisdicción, que si bien, el nuevo Tribunal Ambiental contará con una composición mixta (tres jueces abogados y dos profesionales del área de las ciencias), no se encuentra en la misma posición que la Administración para decidir, por ejemplo cuál sería un área saturada, o si un proyecto cumple o no, con la normativa ambiental vigente. De este modo, “se indica que en virtud de su constante exposición a un solo tipo de problemas, así como mediante, la selección de personal especializado, la actividad administrativa comporta un grado de especialización que los Tribunales y los Parlamentos, habida cuenta de su carácter generalista, rara vez podrían

⁶⁰ Sánchez Morón Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pág. 159.

⁶¹ Cordero Vega L, *El control de la Administración... cit.* pág. 162

⁶² *Ídem.*

alcanzar”⁶³. Sin embargo, esto no significa exención de control jurisdiccional, con todos los parámetros y estándar que debería cumplir el razonamiento del Tribunal, sino que más bien implica una renuncia al control de sustitución por el cual no optó el legislador a la hora implementar esta nueva jurisdicción especializada. De esta manera se consagra una especie de deferencia a la Administración, quien a pesar de que su acto sea anulado por el órgano jurisdiccional, va a conservar la potestad para poder dictar otro acto administrativo que no tenga aquellos vicios que tenía el anterior anulado. Este es el tipo de control que defienden autores como Tomás Ramón Fernández⁶⁴, y García de Enterría⁶⁵, sintetizadas y expuestas por Cassagne⁶⁶ en la doctrina argentina.

Situación distinta de deferencia hacia la Administración lo constituye cuando están en juego derechos fundamentales. Como expresa el profesor Cordero Vega, “si bien la deferencia en el control jurídico viene determinada por la intervención de una circunstancia amparada por el ordenamiento jurídico, que exige de los tribunales una moderación en el ejercicio de sus funciones, en aquellos casos en que existe un derecho fundamental en juego la deferencia sólo puede interpretarse a favor de éste, y no en defensa de la participación ciudadana en la toma de decisiones, o en la experiencia técnica de la Administración en la materia”⁶⁷. Así también, Sarmiento, “los factores que justifican una aplicación deferente y ampliamente argumentada por parte de los tribunales no entran en juego cuando el caso implique un derecho fundamental, tanto a la hora de determinar la existencia o no de éste, como en el momento de enjuiciar su limitación”⁶⁸. No existen indicios de haber considerado siquiera a los derechos fundamentales como un elemento de la no deferencia hacia la Administración que debería omitir el Tribunal a la hora de enfrentarse a un caso de esta magnitud, sin embargo, aún conservamos aquel Recurso de Protección para mitigar de alguna manera este “olvido” del legislador.

Otro de los argumentos válidos para sostener que los tribunales no pueden sustituir las decisiones de la Administración dice relación con el tipo de control que realizará la magistratura, que, como lo establece el art. 30 de la ley N° 20.600 sólo será de tipo anulatorio. Al ser un control negativo, el Tribunal se debe restringir a invocar aquellas razones jurídicas por las cuales el acto administrativo es nulo, constituyendo un límite para la jurisdicción la técnica a la cual recurre la Administración para dictar un acto. Finalmente, es la ley quien entrega los parámetros sobre los cuales debe realizarse el control, constituyendo una base sólida de protección de la competencia que goza la autoridad para tomar decisiones técnicas.

⁶³ *Ibidem*, pág. 163

⁶⁴ Cfr, Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*.

⁶⁵ García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 54

⁶⁶ Cassagne J.C., La discrecionalidad Administrativa, págs. 14-15, disponible en <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>, consultado el 2 de enero de 2014.

⁶⁷ Cordero Vega L, *El control de la administración del Estado*, cit. pág. 165

⁶⁸ Sarmiento D, *El Control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant To Blanch, pág. 197

Además de estas ideas, podemos establecer como exclusivo de la autoridad todo el proceso que lleva consigo la dictación de un acto administrativo. En él se emplean recursos y capital intelectual que comienza a operar desde de identificación de una necesidad pública hasta la plasmación en un decreto o resolución que soluciona aquella necesidad. Entregar a la jurisdicción la potestad para poder sustituir el acto, implicaría un nuevo proceso de dictación de un acto, que acarrea como consecuencia, un excesivo uso de recursos para el Estado y, además una doble vía para acceder a una solución para un particular interesado. Si no se pudo acceder a lo pedido por vía administrativa, aún quedaría la vía jurisdiccional, por ello es deseable que la competencia vuelva a la Administración, ya que es sólo ella quien posee los antecedentes necesarios para poder corregir lo dispuesto por los tribunales. En este sentido, Chinchilla señala que en determinados supuestos será materialmente imposible para el juez reconstituir la valoración hecha por la Administración y en otros casos el juez carecerá de criterios objetivos para llevar a cabo el enjuiciamiento pertinente⁶⁹.

Una de las bases más sólida que señalan algunos autores para justificar la potestad de la autoridad, radica en la soberanía de la Administración para decidir sobre cuestiones técnicas. El ejecutivo a través de sus órganos, es por antonomasia el encargado para resolver cuestiones de naturaleza científico-técnico, como lo es la aprobación de una RCA. Entregar la facultad de poder sustituir las decisiones administrativas implicaría “un manifiesto exceso en la utilización de los poderes jurisdiccionales”⁷⁰, como señala Desdentado Daroca. En esta misma línea señala Muñoz Machado, controles excesivos por parte de la jurisdicción constituyen no sólo una interferencia de poderes contraria a las reservas constitucionales que se hacen a favor del Ejecutivo, sino que además, pueden tener efecto negativo de producir una acumulación de asuntos ante los Tribunales impidiendo su adecuado funcionamiento⁷¹.

Por último, Sánchez Morón advierte que no es admisible que un juez sustituya la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos, salvo que se hubiera puesto de manifiesto que la Administración haya incurrido en un craso error de apreciación⁷².

⁶⁹ Chinchilla C, La desviación de poder, Civitas, Madrid, 1989, pág. 152.

⁷⁰ Desdentado Daroca E, *Los problemas del control...* cit, pág. 105

⁷¹ Muñoz Machado, S, La reserva de jurisdicción, La Ley, Madrid, 1989, pág. 108 y 111.

⁷² Cfr. Sánchez Morón, M, *Discrecionalidad administrativa...*, cit, pág. 120

CAPITULO TERCERO

Revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados por los Tribunales Ordinarios en materia de control de Resoluciones ambientales.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, el control de las resoluciones de la Administración ambiental estaba a cargo de los Juzgados de Letras Civiles, quienes debían conocer de las demandas por indemnización de perjuicios por daño ambiental, mientras que las Cortes de Apelaciones respectivas se encargaban de conocer el Recurso de Protección sobre los actos de la Administración en esta materia.

Con la entrada en vigencia de la nueva ley, el panorama de la justicia ambiental en nuestro país quedaría configurado de manera tal que deban convivir dos modelos con estándar de revisión de “actos administrativos ambientales” distintos: el primero, una justicia administrativa en manos de los Tribunales Ambientales y, una Justicia Constitucional o de Derechos Fundamentales en el Recurso de protección, como acción de urgencia y, a su vez, como cautelar.

Sólo a modo de comentario y sin la intención de profundizar en el tema, en palabras del profesor Cordero Vega, lo dicho en el párrafo anterior llevaría a una suerte de generación de incentivos para el “shopping” regulatorio o de impugnación, es decir, los recurrentes entablarían sus acciones en donde el litigio le sea más conveniente. Las comunidades indígenas que se vean vulneradas en su derecho por algún proyecto sometido al SEIA por ejemplo, les convendrá presentar recursos de protección, por razones de oportunidad, medida, consecuencias y proporcionalidad, lo que tendría forma de contencioso sin un carácter de juicio. Mientras que para los proponentes del proyecto, les convendrá el procedimiento ante los Tribunales Ambientales, por motivos de certeza y porque podría reducirse la discrecionalidad⁷³.

Ahora bien, estos nuevos tribunales deberán fijar sus estándares de decisión no sólo en la legalidad y en la técnica (no olvide Ud. lector que los tribunales tienen composición mixta), sino que también tratando de adecuar su jurisprudencia a la que han mantenido las Cortes de Apelaciones respectivas en materia de recurso de protección, como contencioso administrativo en el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental.

Es por ello que en este capítulo se realizará una breve exposición de las sentencias de mayor relevancia que han pronunciado por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en esta materia. También se examinará uno de las primeras sentencias dictadas por los Tribunales Ambientales en materia de anulación de actuaciones de la Administración, como lo es la sentencia del caso “Camino de la fruta”, dictada por el Segundo Tribunal Ambiental.

⁷³ Cordero Vega L, Ponencia Tribunales Ambientales, Orígenes y razones del caso chileno, en II Jornadas de Derecho Ambiental, organizadas por el Centro Estudiantes de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 2013, Universidad Austral de Chile, Valdivia.

I. Análisis jurisprudencial de los Tribunales de justicia ordinarios previa a la entrada en vigencia de la ley N° 20.600. ¿Serán relevantes las resoluciones dictadas por la jurisdicción ordinaria para fundamentar las decisiones de los Tribunales Ambientales, en materia de control de la discrecionalidad técnica de la Administración?

Las decisiones de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, han variado desde la declaración de inadmisibilidad del control por parte de la jurisdicción hacia la Administración, cuando ésta debe recurrir a la técnica, hasta el pleno control en los fallos de los últimos años. De esta manera, analizando las sentencias que han recaído sobre Resoluciones de Calificación Ambiental, aquella que termina con el proceso más tecnificado de Administración ambiental, se puede establecer que, la primera tendencia jurisprudencial optó por la procedencia del recurso ante una RCA que ponía fin al procedimiento de evaluación ambiental, y cuyo objeto en la mayoría de los casos fue paralizar proyectos energéticos, dejando sin efecto el acto administrativo que autorizó dicho proyecto. La segunda tendencia que mostraron los tribunales fue establecer que el Recurso de protección era improcedente para impugnar una RCA, sobre todo si el Recurso se fundamentaba en la arbitrariedad (esto antes de la reforma de 2005), ya que según las cortes, excedía del ámbito de conocimiento del recurso, la posibilidad de modificar la calificación ambiental del proyecto, materia que no era competencia los tribunales. Y la tercera y última tendencia, fue aquella denominada mixta o “ecléctica”, y que consistía en que los tribunales reconocían la procedencia del recurso, teniendo la posibilidad de anular en esta sede una calificación ambiental ilegal y/o arbitraria, pero nunca revisar los aspectos técnicos del proyecto, circunstancia sometida al conocimiento exclusivo de la autoridad administrativa.⁷⁴

Esta última tendencia se mantuvo firme en los tribunales, a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema al pronunciarse sobre la apelación del segundo fallo del “caso Trillium”, rol 2684-98, señalando entre otras cosas que, en el llamado que hace la ley para conocer en esta sede sobre proyectos industriales mediante el Recurso de protección “*no forma parte de su estudio, el pronunciarse sobre las bondades técnicas de un proyecto (...) ni le corresponde referirse a las conclusiones a que hayan arribado los órganos idóneos o expertos sobre la materia*”. Lo que coincidía con lo establecido en el considerando 19° del fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 46-98 que al referirse a los hechos de carácter técnico aducía: “*escapa a los márgenes de este procedimiento sumarísimo, quedando su resolución entregada al conocimiento de los organismos jurisdiccionales especializados que la citada Ley 19300 contempla*”. Lo anterior, resulta interesante, toda vez que el mismo raciocinio realizado en este caso, sería utilizado en el fallo de la Corte Suprema en el caso Celco en Valdivia, caratulado “Vladimir Riesco y otros contra Celulosa Arauco S.A.”, sentencia del 30 de mayo de 2005, que en su considerando 10° establecía: “*Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende*

⁷⁴ Vargas Miranda R, *Instituciones de Derecho Ambiental, El recurso de protección ambiental*, Ed. Metropolitana, Santiago, 2007, pág. 90

que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fs. 1 haya sido dirigida(...) siendo del todo improcedente que tal labor sea entregada a los Órganos Jurisdiccionales, cuya misión, sin duda, no es reemplazar a las entidades de la Administración sino sólo, tratándose de un recurso de protección, determinar si los actos de la autoridad han sido arbitrarios o ilegales”. En el mismo sentido, la causa rol 764-2002 de la Corte Suprema referente al “caso Itata”, reafirma el monopolio que el órgano jurisdiccional le atribuye al ente administrativo. En este sentido el considerando 4º de la sentencia del caso Itata, señala que la RCA se trata de una: *“autorización o informe que constituye tan sólo uno de los numerosos eslabones que deben preceder a un proyecto de la naturaleza, entidad e importancia del que se pretende impugnar por la presente vía, lo cual se basa en el temor de que el funcionamiento de la industria pueda producir contaminación ambiental, lo que necesariamente constituye una situación futura (...) este acto no ha producido las situaciones que dichos principios constitucionales intentan precaver, desde que se trata de la valoración técnica que hizo una autoridad, esto es, un acto administrativo de opinión y no un acto de resultado material que haya producido un menoscabo en el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, y menos aún, que haya originado una contaminación en el medio ambiente.”* Como se puede apreciar, la tendencia mayoritaria de las Cortes fue considerar el análisis técnico de una RCA como apartado del análisis jurídico que realizan los tribunales, reconociendo la experticia y la calificación ambiental, como funciones exclusivas y excluyentes del órgano administrativo. Por ello, se puede establecer que la condición de deferencia hacia la Administración en cuestiones técnicas es manifiesta, los tribunales en un primer momento no han querido someter a su juzgamiento la discrecionalidad técnica que posee la Administración, devolviéndole la competencia a ésta para que regule aquella materia sometida a su conocimiento.

Sin embargo la jurisprudencia varía hacia el año 2009 con uno de los fallos más destacados en materia ambiental y uno de los más importantes en la historia del Recurso de protección ambiental, me refiero en particular al “caso Campiche”. Los recurrentes, Don Ricardo Correa Drubi por sí y en representación de la ONG Chinchimén, en contra de la Resolución de Calificación Ambiental N° 499 de la COREMA Región de Valparaíso que calificó favorablemente el estudio de impacto ambiental que había realizado la central Termoeléctrica Campiche cuyo titular era la empresa chilena AES Gener. La ilegalidad sostenida por el recurrente provenía del hecho que la referida Central Termoeléctrica pretendía emplazarse en una zona de restricción primaria para el asentamiento humano por inundación, según el plano regulador intercomunal de Valparaíso, Quintero y Puchuncaví, lo que significaba que el uso del suelo sólo admitía el desarrollo de áreas verdes y recreacionales, como propias del uso de playas con instalaciones mínimas afines, tales como sombradores, camarines transitorios, etc., antecedente que no fue ponderado por la Comisión de Evaluación de ese entonces. La restricción anterior fue levantada en forma previa, por la resolución N° 112 de la Dirección de Obras de la

Municipalidad de Puchuncaví, en base a lo dispuesto en el artículo 2.1.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC)⁷⁵ que permite levantar la restricción en casos “fundados”, previa presentación de estudios técnicos y sólo cuando la construcción de obras subsane los motivos por los cuales se origina la restricción o zona de riesgo⁷⁶. Más allá de omisión de la Administración respecto a la restricción que imponía la Ordenanza, la Contraloría y la Corte de Apelaciones de Valparaíso se pronunciaron sobre el caso, y ambos entes coincidieron en la poca fundamentación que tuvo el levantamiento de la restricción, ya que el EIA que sirvió de base a la Dirección de Obras, no aparecía suficientemente razonado debido a que la introducción de la restricción al plano regulador, que contenía las causales para calificarla como “zona de riesgo” nunca fue analizada por la COREMA.

La CGR en su Dictamen N° 59.822 del 17 de diciembre de 2008 establecía que: *“Si bien se advierte que la empresa AES Gener S.A. presentó a la Municipalidad de Puchuncaví el Estudio Hidráulico y Diseño de Protecciones Fluviales Estero Campiche(...) no ha sido posible determinar los fundamentos técnicos del establecimiento de la zona de riesgo de que se trata (...) toda vez que requerida a la indicada Secretaría Regional Ministerial una copia de la memoria del Plan Regulador Intercomunal de Valparaíso, ésta aún no ha remitido tal documento, señalando, por su oficio N° 786, de 2008, que no ha sido posible encontrarlo”*. Mismo razonamiento sostuvo la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el considerando 20°, causa rol 317-2008 del 8 de Enero del 2009, quien reafirmando el dictamen de la CGR sostenía: *“Que la Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone -artículos 43 y 45- que cualquier cambio del uso del suelo se tramitará como modificación del Plan Regulador, lo que en este caso no se tuvo a la vista por la Comisión del Medio Ambiente de esta Región (...)”*. La Corte Suprema por su parte, no se pronunció acerca de este antecedente, por el contrario, apuntó a que lo relevante no era el carácter fundado del estudio, sino la falta de un pronunciamiento claro de la autoridad administrativa acerca de si el proyecto cumplía o no con los requisitos para establecerse en una zona de riesgo.⁷⁷

La Corte en su fallo incluye un considerando que para los efectos de este trabajo resulta de suma importancia. El considerando 3° establece: *“En atención entonces a la trascendencia de*

⁷⁵ Artículo 2.1.17 inciso 5° Ordenanza General de Urbanismo y Construcción : Para autorizar proyectos a emplazarse en áreas de riesgo, se requerirá que se acompañe a la respectiva solicitud de permiso de edificación un estudio fundado, elaborado por profesional especialista y aprobado por el organismo competente, que determine las acciones que deberán ejecutarse para su utilización, incluida la Evaluación de Impacto Ambiental correspondiente conforme a la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, cuando corresponda. Este tipo de proyectos podrán recibirse parcial o totalmente en la medida que se hubieren ejecutado las acciones indicadas en el referido estudio. En estas áreas, el plan regulador establecerá las normas urbanísticas aplicables a los proyectos una vez que cumplan con los requisitos establecidos en este inciso.

⁷⁶ Guiloff M., “Campiche: Es revisable la resolución de calificación ambiental”, en *Anuario de Derecho Público*, N° 1, Santiago (2010), pp. 204-219, disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/12_Guiloff.pdf, consultado el 06 de enero de 2014.

⁷⁷ Sentencia Corte Suprema Rol 1219- 2009 de 22 de junio de 2009, Considerando 8°: *“Es decir, la autoridad local sólo atendió a que hubieren sido subsanados los motivos de seguridad que determinaron que la zona fuera definida como área de riesgo, pero omitió comprobar si el proyecto que autorizaba cumplía los requisitos y condiciones para ser emplazado en ese lugar”*.

sus decisiones en el ámbito administrativo, la recurrida queda sujeta al control jurisdiccional por la vía de la presente acción cautelar si en ellas se incurriera en ilegalidad (...) hace conducente que la Resolución que dicte la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente respecto de un proyecto de impacto ambiental pueda ser impugnada por el presente arbitrio constitucional". Lo que termina por confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones que dejó sin efecto la resolución de la COREMA Valparaíso que aprobó el proyecto y representa al mismo tiempo, un cambio en los criterios jurisprudenciales respecto al uso del recurso de protección como mecanismo de impugnación de los actos discrecionales técnicos de la Administración, pasando de una constatación formal en la fase de tramitación del recurso, al análisis judicial de los aspectos técnicos de un proyecto.

Por último y en consecuencia del análisis de la sentencia de la Central Castilla, se establece que este fallo, viene a sentar un nuevo precedente respecto al Recurso de protección y la impugnación de un acto técnico de la Administración. El fallo dictado por la Corte Suprema, causa Rol 1960-2012, del 28 de agosto de 2012, trata sobre dos recursos interpuestos ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, uno contra la Resolución Exenta N° 254 de 23 de diciembre de 2010 del SEA Atacama que aprobó el proyecto "Puerto Castilla" cuyo titular era Empresas OMX Operaciones Marítimas Ltda., el cual fue rechazado por sentencia Rol 1960-2012 del tribunal ad quo y revocado por el máximo tribunal en sede de apelación; y el otro recurso, rol 2703-2012, sentencia de la misma Corte que invalida la Resolución exenta N° 578 de 15 de febrero de 2011 que aprobó el "Proyecto Central Termoeléctrica Castilla", cuyo titular era CGX Castilla Generación S.A. y que es confirmado por la Corte Suprema. Ahora bien, relevante de este fallo es la forma en que se pronuncia la Corte Suprema acerca de las cuestiones técnicas de ambos proyectos, decidiendo en su sentencia la realización de un nuevo EIA que incluyera a ambos, no obstante pertenecer a titulares distintos. La Corte en el fallo, resolvió obligar a las empresas a someterse a un solo Estudio de Impacto Ambiental, constituyendo, en opinión del Tribunal, ambos proyectos una unidad, por lo que no debieron tramitarse por separado, en circunstancias que la calificación separada de proyectos estaba expresamente permitido en la ley, excepto en los casos en que el titular intentara evitar la evaluación correspondiente, dividiendo el proyecto por etapas⁷⁸, por tanto, la calificación estaría ajustada a derecho⁷⁹. El considerando 23° establece, "(...) *En efecto, tal como se ha dicho, el puerto tiene como principal cliente y finalidad abastecer a la Central Termoeléctrica, y ésta tiene la necesidad de abastecerse de carbón y petróleo diesel que se suministra a través del Puerto, de tal forma que nítidamente*

⁷⁸ Artículo 11 bis. Ley 19300: Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al sistema. /No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas.

⁷⁹ Centro de Estudios Públicos Libertad y Desarrollo, "Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador", en *Temas Públicos*, N° 1.077, Santiago (2012), pp.1-6, disponible en <http://www.lyd.com/wp-content/uploads/2012/09/tp1077fallocastilla.pdf>, consultado el día 8 de enero de 2014.

existen tres unidades para una misma actividad que operarán, a saber: el puerto, la central y la conexión entre ambas"; sentenciando que: *“Se dispone como medida de tutela constitucional que los titulares de los Proyectos Puerto Castilla y Central Termoeléctrica Castilla deben presentar un estudio de impacto ambiental que considere los dos proyectos en forma conjunta y su conexión para la transferencia del carbón y del petróleo Diesel B, en su caso, desde el primero hacia la segunda”*. En fin, lo que realizó la corte fue, primero, innovar con un razonamiento con estricto apego a la ley, pero sentenciando de acuerdo a un criterio que escapa de ella, ya que decide fusionar ambos proyectos en un solo EIA, en circunstancia que la misma Ley de Bases del Medio Ambiente permitía la calificación separada en este caso. Y segundo, relacionado íntimamente con lo anterior, la Corte se arroga la calidad de experto técnico, más allá de la simple revisión de la legalidad de actos y procedimientos, realizando no un control estrictamente jurisdiccional sino de mérito, al evaluar y determinar directamente la forma cómo se deben evaluar los proyectos, lo que escapa de sus atribuciones.⁸⁰

II. El caso “Concesión Ruta 66 – Camino de la Fruta”, como ha fallado el Tribunal Ambiental.

Finalmente corresponde analizar de qué manera ha resuelto el nuevo Tribunal los requerimientos sobre anulación de actos administrativos de la Administración ambiental, para ello se tuvo en consideración uno de los fallos más importantes en lo que lleva de funcionamiento ésta magistratura especializada.

En el caso Camino de la de Fruta, se solicitó por parte del reclamante la invalidación de determinados actos administrativos dictados en el marco de la evaluación ambiental del Proyecto denominado “Concesión Ruta 66 – Camino de la Fruta”, evaluación efectuada por la dirección ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 9 de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. El acto administrativo impugnado y, que finalmente fue el anulado por el Tribunal, se refería a una Resolución exenta del Director Ejecutivo del SEA N° 894, de 22 de noviembre de 2011, que accedió a la petición de reserva de información presentada por la Dirección General de Obras Pública. La reserva de antecedentes, contenía información importante sobre temas relacionados con las mediciones de ruido y emisiones atmosféricas de la ruta que se construiría, lo que impidió, a juicio del particular que llevó hasta el Tribunal el caso, una correcta aplicación del proceso de participación ciudadana. De este modo, alega el reclamante, el SEA habría accedido de manera ilegal a la solicitud de reserva, infringiendo lo dispuesto en el artículo 56 del Reglamento del Servicio de Evaluación Ambiental. Esto constituiría un claro vicio del procedimiento que habría dejado en la

⁸⁰ Ídem.

indefensión a la comunidad afectada por el proyecto, lo que habría justificado por ese sólo hecho la invalidación del acto y todas las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad.

Mientras que el Director Ejecutivo del SEA, por su parte alegó en su defensa, que la Resolución impugnada no tendría el carácter de ambiental, de conformidad con el inciso 2° del artículo 17 N° 8 de la ley 20.600 y que, el ordenamiento jurídico chileno prevé una institucionalidad distinta a la ambiental para resolver conflictos de acceso a la información y, por último, que la declaración de reserva no tiene trascendencia alguna en la evaluación ambiental del proyecto.

¿Cómo resolvió el Tribunal? La sentencia se refiere a dos tópicos importantes, uno, la discrecionalidad técnica de la Administración y el otro, sobre la legalidad del acto administrativo impugnado. Sobre lo primero, establece en su considerando trigésimo tercero que la información acerca de los flujos vehiculares, en opinión del Tribunal, “es imprescindible para que la ciudadanía pueda consultar y conocer adecuadamente, entre otros impactos negativos, el nivel de ruido y de impacto en la calidad del aire, así como sobre las posibles mitigaciones y eventuales compensaciones a las que podría dar origen el proyecto. Incluso, la información sobre ruido y emisiones contenida en los anexos C y D habría sido insuficiente para responder las consultas citadas previamente. *Para asegurar una cabal participación informada era necesario tener a la vista las estimaciones de flujo, pues, es en función precisamente de esos flujos que pueden determinarse los posibles impactos de ruido, emisiones atmosféricas, vibraciones y efectos sobre la salud, calidad y condiciones de vida de la población afectada, por lo que es a partir de esos flujos que debe realizarse la evaluación ambiental y la participación ciudadana*”⁸¹. El Tribunal como se puede apreciar, acude a conceptos de marcado carácter técnico para establecer la importancia de la información contenida en Resolución para que la ciudadanía pueda hacer uso de su facultad de participación en proyectos que ingresan al SEA, establecida en la ley N° 20.600. A partir de este razonamiento, el control que realiza la jurisdicción a los actos de la Administración sigue la última tendencia jurisprudencial de las Cortes de nuestro país, en el sentido de controlar la técnica (cuando se refiere a las emisiones de contaminación y a los impactos de ruido) a la que acude la Administración para tomar decisiones sobre los proyectos que ingresan para su evaluación, constituyendo “en opinión del Tribunal” una clara omisión para el proceso de participación ciudadana que a juicio de la parte reclamante no fue completamente informada sobre los alcances técnicos del proyecto que se estaba sometiendo a evaluación de la Administración.

Por otro lado, para evaluar la legalidad del acto administrativo el Tribunal acude a tres de los estándares expuestos anteriormente, que dicen relación con la motivación, fundamentación y

⁸¹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Rol R N° 05-2013 considerando trigésimo tercero.

ponderación del acto administrativo, que corresponde a la Resolución exenta que reserva la información acerca de los aspectos técnicos del proyecto que pudiesen causar indefensión de la comunidad que se ve afectada. En efecto, el considerando vigésimo primero se refiere de la siguiente manera al contenido de la Resolución exenta N° 894 cuestionando la razonabilidad del acto, “Por lo tanto, con los antecedentes e información con que cuenta este Tribunal, el argumento de la confidencialidad comercial, que a su turno buscaba evitar posibles indemnizaciones económicas a la Sociedad Concesionaria, deja de ser razonable y se transforma en absurdo”⁸².

En cuanto a la ponderación refiere, que el acto administrativo (la Resolución) no ponderó la finalidad que justifica la reserva en el contexto del SEIA, con el resguardo del interés público tras la participación ciudadana informada⁸³.

De esta manera el Tribunal sentencia finalmente que la invalidación de la Resolución exenta N° 894 impugnada, por ser una de las primeras resoluciones, alcanza todo el procedimiento de evaluación ambiental seguido con posterioridad. Es por ello que el Tribunal ordena que el procedimiento, se retrotraiga al momento inmediatamente anterior al de la dictación de la Resolución exenta en comento, que accedió ilegalmente a la petición de reserva de información solicitada por la Dirección General de Obras Públicas.

El último precedente instaurado por la Corte Suprema sobre el control de la técnica de la Administración, es el que más se acerca a lo que la ley ha querido para los nuevos tribunales ambientales. Por lo menos así se ha comprobado en aquel contencioso de reclamación del acto administrativo referido a la Resolución exenta sobre reserva de información que se ha analizado. Este análisis no puede sino traer como consecuencia, el deber de mayor fundamentación y de motivación de los actos de la Administración en materia ambiental, quienes tienen la obligación de decidir sobre criterios de interés público, interés que exige aplicar de manera a priori a la dictación del acto administrativo, los respectivos estándares previstos para el control jurisdiccional que realizan los tribunales. De lo contrario no cumplir con aquellos estándares, la Administración se vería constantemente expuesta a la anulación de sus actos que invoquen a la técnica como criterio auxiliar para adoptar sus decisiones. Cuestión que podría devenir en una excesiva judicialización de proyectos sometidos a la evaluación ambiental.

⁸² Considerando vigésimo primero.

⁸³ Considerando vigésimo segundo, “*Que incluso en el caso que el riesgo, de eventuales indemnizaciones estuviera suficientemente justificado y explicado, igualmente la Resolución exenta N° 894 no da cuenta de la relación existente entre dicho riesgo y la causal del art. 27 de la ley N° 19.300 relativa al resguardo de los intereses comerciales, para ello, hubiera sido necesario que la Dirección Ejecutiva del SEA ponderara la reserva en relación a la participación ciudadana informada, obligación que deriva de lo prescrito en los artículos 26 y 27 de la Ley 19.300 y 55 y 56 del RSEIA. En efecto, mientras el artículo 26 establece que corresponderá al Director Ejecutivo establecer los mecanismos que “aseguren la participación informada, el artículo 27 señala que el SEA mantendrá en reserva los antecedentes técnicos que estimare sustraer del conocimiento público”.*”

CONCLUSIONES

1. La clásica distinción entre actos discrecionales y actos reglados ha perdido importancia al punto de no ser considerada por la doctrina moderna, debido a que todo acto administrativo tiene elementos de una y otra categoría, no existiendo, por tanto, actos puramente discrecionales o actos puramente reglados.

2. La discrecionalidad técnica constituye uno de los cuestionamientos más directos a la autoridad ambiental en cuanto a las decisiones que tome en el contexto de un procedimiento de evaluación ambiental. La técnica a la que debe recurrir la Administración debe estar suficientemente acreditada por las ciencias que sirvan de base para su determinación y, de haber dos soluciones científicamente aplicables a una misma necesidad pública, se permita decidir a la autoridad ambiental acudiendo al debido margen de discrecionalidad entregado por ley.

3. Establecido el principio de legalidad del artículo 6° de nuestra Constitución y el artículo 38 inc. 2° del mismo texto, que dice relación con el control de legalidad de las actuaciones administrativas y el sometimiento a los fines que la justifican, deberíamos ya establecer con claridad que debe ser la Administración quien siempre tenga que justificar y acreditar ante los tribunales de lo contencioso-administrativo que la decisión o acto administrativo impugnado cumple plenamente con la legalidad, con los fines y para ello es necesario que la motivación o explicación técnica de la decisión se encuentre plenamente justificada y sea irreprochable.

4.- El hecho de que se considere doctrinalmente que el interés público constituye el núcleo mismo de la razón de ser de la discrecionalidad no debe suponer de ninguna manera que el núcleo de ese interés público, evidentemente fijado en su contenido y extensión previamente por la propia administración, suponga un límite al objeto y amplitud del control judicial.

5.- Los estándares de control que debe utilizar el Tribunal Ambiental para anular o ratificar actos administrativos de la autoridad ambiental deben integrarse a la ley N° 20.600 de manera expresa, de manera que esta jurisdicción especializada pueda fallar conforme a la normativa vigente y no en base a criterios jurisprudenciales. Esto traería consigo una mayor uniformidad de las decisiones de los tres tribunales que funcionaran en el país.

6.- El Tribunal en su razonamiento le está prohibido apartarse de los estándares de control que de momento sólo aparecen de manifiesto en la doctrina. Su contenido resulta esencial a la luz del art. 30 de la ley N° 20.600 que sólo se ha pronunciado sobre la anulación como un control negativo de la Administración, sin pronunciarse al fondo de la sentencia. Esto traería como consecuencia un exceso de apelaciones de aquellas resoluciones, que resulta contradictorio en vista de que la

creación de los tribunales es materia de cumplimiento como Estado y que la Administración recurra a la apelación para revocar el fallo traería consecuencias negativas para las futuras resoluciones del tribunal.

7.- La condición de deferencia hacia la Administración como el órgano técnico especializado para decidir sobre las materias ambientales sometidas a su conocimiento, constituye un límite infranqueable para la jurisdicción. Esto se traduce en el control negativo que se ha consignado en la normativa, no teniendo en consideración el control de tipo sustitutivo que se aprecia en otros procedimientos contenciosos administrativos a nivel de derecho comparado.

8.- El Tribunal Ambiental viene a solucionar en parte la ausencia de aquellos tribunales contencioso-administrativos olvidados en la constitución del veinticinco y en la de mil novecientos ochenta. En materia ambiental constituye un avance significativo el poder controlar las decisiones de la autoridad mediante un procedimiento establecido por ley.

9.- Las decisiones futuras de los Tribunales Ambientales será la solución al problema de la diversidad de jurisprudencia del Recurso de Protección ambiental respecto a que si la jurisdicción puede o no regular la técnica. La composición mixta del Tribunal y la consagración expresa de control negativo evitará el uso excesivo del recurso de protección, con todos los inconvenientes que ello trae. Estos tribunales, junto con la Superintendencia de Medio Ambiente, serán los encargados de limitar la discrecionalidad técnica en el SEIA y de esa manera, hacer frente a una problemática que atañe a todos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y a la ciudadanía entera.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, María. *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998.

BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Editorial Marcial, Madrid, 1997.

BERMUDEZ SOTO, Jorge. *Derecho Administrativo general*, Legal Publishing, Santiago, 2010.

BORDALÍ SALAMANCA Andrés, FERRADA BÓRQUEZ Juan Carlos. *Estudio de justicia administrativa*, Legal Publishing, Santiago, 2008.

CAMACHO, Gladys. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV: La Actividad Sustancial de la Administración del Estado*, Santiago, Legal Publishing, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. La discrecionalidad Administrativa, págs. 14-15, disponible en <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>, consultado el 2 de enero de 2014.

CEA EGAÑA, Jose Luis. “Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, No.1, Santiago, 1984.

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS LIBERTAD Y DESARROLLO, “Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador”, en *Temas Públicos*, N° 1.077, Santiago (2012), pp.1-6, disponible en <http://www.lyd.com/wp-content/uploads/2012/09/tp1077fallocastilla.pdf>, consultado el día 8 de enero de 2014.

CORDERO VEGA, Luis. *El Procedimiento administrativo*. Lexis Nexis, Santiago, 2003

CORDERO VEGA, Luis. *El control de la Administración del Estado*, Legal Publishing, 2009.

DE LA FUENTE CASTRO, Osvaldo. *Control judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*, Abeledo Perrot, Santiago, 2012.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.

FERNÁNDEZ ESPINAR, Luis. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 26, Enero 2012, 211-258, consultado el 23 de diciembre de 2013 en http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/813/15/Fernandez%20Espinan.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=0&blobheadervalue3=JCYL_delaPresidencia&blobnocache=true

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 165

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1974.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 1983.

GUILOFF, Matías. “Campiche: Es revisable la resolución de calificación ambiental”, en *Anuario de Derecho Público*, N° 1, Santiago (2010), pp. 204-219, disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/12_Guiloff.pdf, consultado el 06 de enero de 2014.

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

PAREJO AFONSO, Luciano, JIMÉNEZ BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLAVAREZ Luis. “*Manual de Derecho Administrativo*”, Vol. I, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.

PIERRY ARRAU, Pedro. “El control de la Discrecionalidad de la discrecionalidad administrativa”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. N° 8, año 1984, Valparaíso pág. 162-163.

REQUERO IBAÑEZ, José Luis. *Arbitrariedad y discrecionalidad, en Constitución y control de la actividad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, edición XII, 2003, págs. 83-124.

REYES RIVEROS, Jorge. *Invalidación de los actos administrativos*, Lexis Nexis, Santiago, 2002.

SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén. *Discrecionalidad Administrativa*, Legal Publishing, Santiago, 2011.

SÁNCHEZ, Morón Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo, Un Análisis Jurídico desde el Derecho Español*, Universidad Externado de Colombia, 2007.

SESIN, Domingo. “El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica”, en Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Córdoba, pág. 3, disponible en <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/infancia/doctrina/control-legalidad-sesin.pdf>, consultado el 29 de diciembre de 2013.

SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado, Actos Contratos y bienes*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo, Temas fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2009.

VARGAS MIRANDA, Rafael. *Instituciones de Derecho Ambiental, El recurso de protección ambiental*, Ed. Metropolitana, Santiago, 2007.