



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público.

**UN ANALISIS CRITICO DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 19 N°3 DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA RÉPUBLICA AL DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR AMBIENTAL**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Luciano R. González Matamala

Profesora Guía: Dra. Pilar Moraga Sariego

Santiago de Chile: 2021

“Por él, sólo por él la tierra
escupió los cándidos frutos de la
tierra, y el hombre negó al
mundo enorme, cuando negó al
mundo; ¿quién fue, quién fue
jamás, quién fue más amado que
él? . . . él y sólo él fue lo más
amado y no era nada, nadie,
nunca, nunca, nunca fue, nunca,
nunca, nunca!...”

Pablo de Rokha, Dios.

AGRADECIMIENTOS.

Llegó el momento de dar las gracias a todas las personas y comunidades que me han dado las herramientas y afectos que han cimentado quien soy al momento de escribir estas palabras -siendo mis errores, desde luego, solo míos-

A mi familia por su apoyo incondicional.

Al colegio Andino por ser mi primera *alma mater* y enseñarme que mi libertad es la misma que la de las otras personas.

A mis amigas y amigos por soportarme.

A las profesoras y profesores que han contribuido a mi formación -especialmente a quienes me ayudaron con bibliografía.

Al Centro de Derecho Ambiental que me enseñó que la Justicia es un lugar.

Al Cajón del Maipo cuyo viento me invitó a soñar, y su niebla a imaginar otros mundos.

Descriptores: Derecho administrativo sancionador; Derecho ambiental; ius puniendi; constitución.

INTRODUCCIÓN	5
1. Descripción del tema.	5
2. Descripción del interés del tema.	6
3. Pregunta que se plantea en el trabajo y eventual respuesta.	8
4. Metodología a emplear para responder	8
<i>CAPÍTULO I: La insuficiencia del Artículo 19 N° 3 frente el DAS Ambiental.</i>	9
Subcapítulo 1: Conceptos preliminares:	9
Subcapítulo 2. Algunas tendencias doctrinales y jurisprudenciales hacia la independencia dogmática del DAS ambiental respecto de las garantías penales.	11
Subcapítulo 3. El non servían del DAS ante las garantías del derecho penal.	15
Subcapítulo 4. Palabras finales sobre la no aplicación de las garantías penales y necesidad de un cambio de paradigma.	27
<i>CAPITULO II. El DAS ambiental como libertad positiva y su autonomía frente al concepto de libertad negativa del derecho penal</i>	28
Subcapítulo 1. Conceptualización previa.	28
Subcapítulo 2: Sanciones administrativas y libertad positiva.	29
Subcapítulo 3: Justificación de la intervención estatal, necesidades sociales y sanciones ambientales.	40
<i>CAPITULO III: La naturaleza jurídica de la RCA como comprobación de la insuficiencia explicativa del modo penal y el marco explicativo-normativo-hermenéutico del DAS Ambiental.</i>	46
Subcapítulo 1: La RCA como precario o la ausencia de derechos adquiridos como justificación de la independencia frente al derecho penal.	47
Subcapítulo 2: Objeciones a la suficiencia del Derecho Administrativo Sancionador para lograr su autonomía y propuestas desde el Derecho Administrativo Sancionador Ambiental.	63
Subcapítulo 3. Garantías constitucionales del Administrativo Sancionador Ambiental, procedimiento administrativo, y el núcleo dogmático del derecho ambiental frente al procedimiento sancionatorio ambiental.	69
<i>Conclusiones y una reflexión final.</i>	83
<i>Anexo 1: Sentencias que refieren a “sujeto calificado”</i>	84

INTRODUCCIÓN

1. Descripción del tema.

El trabajo propone revisar la base constitucional y dogmática de la relación, en función de su naturaleza jurídica, entre el Derecho Administrativo Sancionador (DAS) en materia Ambiental y el Derecho Penal, para determinar si deben ser aplicadas las garantías penales de la constitución contenidas en el Artículo 19 N°3 de la Constitución, a saber, los principios de tipicidad, proporcionalidad, no retroactividad y culpabilidad al DAS ambiental.

Preliminarmente se persigue enfrentar los principios penales con el Derecho Administrativo Sancionador ambiental, para plantear al DAS como disciplina autónoma, pues si bien hay garantías exigibles al DAS ambiental que tienen un parecido externo a garantías del Derecho Penal¹, al analizar su base conceptual, se intentará demostrar que no se fundamentan de la misma forma unas y otras garantías. Al configurarse las garantías individualizadas en base a un objeto penal, estas no resultarían aplicables a un objeto Administrativo Sancionador Ambiental.

Esta diferencia se basará fundamentalmente en la relación con la libertad general formulada por Cordero Quinzacara y Aldunate², según la cual en el derecho penal estamos ante una libertad no juridificada, en la medida que soy libre de hacer todo cuanto no se encuentre prohibido y en el Administrativo Sancionador ante una libertad juridificada, en la que la actividad del particular se puede enfrentar en todo momento con el bloque de juridicidad, pudiendo ser la conducta lícita o ilícita³. Se relacionará esta formulación con los dos conceptos de libertad de Isaiah Berlin⁴, para decir que ambos derechos se corresponden con formas distintas de percibir la libertad, correspondiendo la no juridificada con un concepto negativo de libertad (libertad como no intervención) y la juridificada con un concepto positivo de libertad (libertad en función de una definición).

Luego se dirá, como argumento de refuerzo, que en materia ambiental esta *libertad* positiva aparece como una *autorización administrativa*, es decir, la libertad económica solo se ejerce de la forma autorizada, y la conformidad a la norma debe ser permanente incluso cuando haya cambios legales⁵.

¹ VAN WEEZEL, A. 2016. Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. Revista Política Criminal (24):997-1043.

² CORDERO, E. y ALDUNATE, E. 2012. Las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (39):337-361.

³ Ibid.

⁴ BERLIN, I. 1969. Two concepts of Liberty [en línea] Oxford, Inglaterra <https://cactus.dixie.edu/green/B_Readings/I_Berlin%20Two%20Concepts%20of%20Liberty.pdf> [consulta : 15 octubre 2020].

⁵ SEPÚLVEDA, D. 2019. La modificación de la normativa ambiental aplicable a un proyecto que cuenta con una resolución de calificación ambiental. [en línea] Revista de Derecho Aplicado LLMUC3 jul. 31 2019 (3) <<http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/1121>> [consulta: 16 octubre 2020].

Las exigencias propias de entender la Sanción Administrativa respecto de una libertad-autorizada imposibilitaría la aplicación de las garantías *penales* del Artículo 19 N°3, esto debido a que al fundamentarse las sanciones de manera distinta, se afirma que tienen objetos-garantizados distintos debido a que las garantías penales se configuran en la defensa de una libertad negativa.

La aplicación de las garantías penales tiene la consecuencia de fijar una serie de garantías estrictas a cumplir para el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, como son la aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad e irretroactividad, que en un registro de *garantías penales* restringen la consecución del principal objetivo del DAS ambiental, consistente en la sujeción de los particulares-autorizados al Ordenamiento Jurídico.

2. Descripción del interés del tema.

La “identidad ontológica”, y la aplicación de principios penales al DAS Ambiental (tesis de la diferencia cuantitativa del *ius puniendi* común y teoría *del préstamo*) es una cuestión que ha estado presente en el análisis del régimen por mucho tiempo⁶; y se encuentra presente de forma discursiva hasta día de hoy. Si bien existe un discurso en alza que pugna por la independencia de la disciplina, este ha tendido a preocuparse más bien de los efectos y el régimen jurídico aplicable.

En general la expresión según la cual los principios penales son aplicables al DAS se repite incesantemente a nivel académico en los principales manuales de Derecho Administrativo y Ambiental a día de hoy⁷, a la vez que, por una parte de la doctrina más especializada se denuncia de forma clara y cada vez más contundente lo poco funcional que esta resulta para el DAS en general⁸ y ambiental en particular⁹ esta identidad, de esta forma, cada vez son más las voces que tienden a una independencia respecto del régimen penal¹⁰.

Parece relevante entonces, analizar si acaso existe dicha identidad en la naturaleza jurídica de ambas ramas del Derecho. Naturaleza jurídica que debe de ser buscada en la base misma del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución Política de la República.

Este trabajo no introduce ideas que no se hayan planteado por la doctrina anteriormente, lo que aporta es un nuevo enfoque con el que ver el DAS ambiental, de esta forma, tomamos la distinción que Aldunate y Cordero¹¹ plantearon como diferencia cuantitativa, la diferente relación de ambas disciplinas con la libertad,

⁶ Para una aproximación histórica véase. 28. GÓMEZ R. 2019. Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. Revista de Derecho del Estado (44): 361-384.

⁷ CORDERO, L. 2015. Actividad sancionadora o el denominado ‘Derecho Administrativo Sancionador’ [en línea] Santiago, Chile. VI. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2015/41778793/v1/document/AB8E3F6E-A4DC-6DDD-1C7E-0A00ECE8BEE2/anchor/AB8E3F6E-A4DC-6DDD-1C7E-0A00ECE8DC-6DDD-1C7E-0A00ECE> [consulta : 15 octubre 2020] [Aunque mas como una descripción de la doctrina mayoritaria].; BERMÚDEZ, J. 2011. 3.Potestad Sancionadora. En: Derecho Administrativo General. Santiago, Legal Publishing Chile. pp.273-294

⁸ LETELIER, R. 2017. Garantías penales y sanciones administrativas. Revista Política criminal (24):622-689.

⁹ En este sentido: SOTO, P. 2015. Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. Revista Ius et Praxis 22(2):189-226;

¹⁰ En este véase VAN WEEZEL, A. 2016. Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. Revista Política Criminal (24):997-1043; GARCÍA, P. 2016. El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. Revista Política Criminal 11(21):21-33. Y 42. LETELIER, R., 2018. El precio del *statu quo* . Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. Revista de Derecho (Valdivia) (31): 209-229. 222-223

¹¹ ALDUNATE y CORDERO. Op Cit.

para transformarla en una diferencia cualitativa que le atribuiría un rol estelar a la cuestión de la libertad como fundamento de esta distinción. Cuestión que ha sido, no obstante planteada en la doctrina comparada¹².

La construcción de la libertad económica como una libertad positiva, a su vez, ya ha sido planteada por el profesor Alvear en su célebre “Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica un paradigma a desarrollar”.¹³

La relación entre autorización y sanción como objetos de la política regulatoria del Estado en materia ambiental ha sido planteada ya por autores como Fuentes¹⁴, Bermúdez¹⁵ y Hunter¹⁶.

La cuestión sobre la diferenciación en la construcción normativa -basada entre otras cosas en la relación de sujeción especial- entre el Derecho Penal y el DAS ha sido planteado asimismo por autores como Aracena¹⁷ y Londoño¹⁸.

La naturaleza jurídica de la RCA como autorización ha sido abordada de forma magistral por la autora Sepúlveda¹⁹, pero no como una razón para la independencia de la disciplina administrativo-sancionadora.

Ni siquiera se introduce por primera vez, el hecho de ser ambas libertades *distintas* la libertad económica y la protegida por el principio *favor libertatis*²⁰

Del mismo modo no pretendo introducir de forma original la distinción entre *enforcement* y *punición*²¹, o de que el derecho penal es *típicamente* más específico que el DAS.

No será este el primer trabajo en plantear la independencia del DAS respecto de las garantías penales y la subsiguiente aplicación de garantías de Derecho Administrativo general, la innovación de este trabajo se encuentra en un modo específico de ordenar los argumentos existentes, para la consecución de una independencia del Derecho Administrativo-Sancionatorio-Ambiental.

¹² VELASQUEZ, C. 2004. Ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en España y Colombia para la protección del Medio Ambiente y los recursos naturales. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte (22):1-64. P. 9.

¹³ ALVEAR, J. 2015. Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica un paradigma a desarrollar. Revista de Estudios Constitucionales 13(1):321-372.

¹⁴ FUENTES, J., 2014. La igualdad ante la ley y el ejercicio de las potestades sancionadoras de la Superintendencia de Medio Ambiente. [en línea] Sanciones Administrativas. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=L.ALEY%2F2015%2F41712396%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8d4c1985a17#sl=e&eid=e5452c42e2b062bd7e5517daad6aff58&cat=5756D5F0-CF01-EEE1-EEA4-A434E6806AD6&pg=42&psl=&nvgS=false> > [consulta: 15 octubre 2020]

¹⁵ BERMÚDEZ, J. 2013. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. Revista de Derecho de la Pontificia U34.

¹⁶ HUNTER, I., 2020. Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso. (54) < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/2020nahead/0718-6851-rdpucv-00105.pdf> > [consulta: 20 octubre 2020]niversidad Católica de Valparaíso (40):421-447

¹⁷ ARACENA, P. 2017. Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativa sancionador para Chile. Revista de Estudios de la Justicia (26):96-144. P. 125.

¹⁸ . LONDOÑO, F., 2014. Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio. Revista de Derecho (27): 147-167; pp.156-158

¹⁹ SÉPULVEDA, D. 2012. Invalidación sobreviniente: el caso de la resolución de calificación ambiental. Santiago, Abeledo Perrot.

²⁰ En este sentido Letelier, aunque desde otro enfoque como veremos mas adelante, abordó el problema. En LETELIER, R., 2018. El precio del statu quo . Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. Revista de Derecho (Valdivia) (31): 209-229. 222-223

²¹ Vease entre otros a GARCÍA, P. 2016. El principio del ne bis in idem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. Revista Política Criminal 11(21):21-33.; y 72. VAN WEEZEL, A. 2016. Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. Revista Política Criminal (24):997-1043

Lo que si a mi modo de ver plantea un enfoque novedoso es darle una vuelta de tuerca y poner estos elementos, relevando desde la naturaleza autorizatoria de la RCA la consecuencia de que del DAS ambiental no se puedan predicar garantías del derecho penal.

La consecuencia que busca generar este trabajo consiste en que de ser plausible, los principios penales del 19 N°3 no aplicarían al Derecho Administrativo Sancionador Ambiental, por lo que la Superintendencia del Medioambiente no se encontraría limitada constitucionalmente por las garantías del Derecho Penal sino que por las del Derecho Administrativo General, no obstante las limitaciones infra constitucionales que puedan ponerse sobre este organismo, teniendo en principio un marco de acción más amplio para cumplir su función.

3. Pregunta que se plantea en el trabajo y eventual respuesta.

¿Son aplicables las garantías penales del 19 N°3 al DAS ambiental, de no aplicarse estas garantías queda el particular en indefensión?

Dichas garantías no serían aplicables según una parte de la doctrina, toda vez que el DAS ambiental es distinto en su naturaleza jurídica al Derecho penal. En este sentido se afirma la independencia ontológica del DAS²² y la falta de operatividad del DAS en general²³, y del DAS ambiental en particular que genera la aplicación de principios penales. lo anterior se traduciría en una distinción de naturaleza-jurídica entre ambas disciplinas. En ese sentido no abordaremos el marco legal de la SMA -la institución de fuente legal mas referenciada será de hecho la RCA-, sino que, en un nivel más abstracto, nos referiremos a qué garantías procedimentales se encuentra constitucionalmente ligada la SMA. Respecto a la tercera parte, la no aplicación de las garantías penales no dejaría al particular en indefensión, debido a que sigue sujeto a un procedimiento Administrativo con garantías constitucionales suficientes, así como a las garantías del Derecho Administrativo General en clave ambiental, que incluyen por cierto la impugnabilidad del acto sancionatorio.

4. Metodología a emplear para responder

El trabajo es fundamentalmente dogmático, la jurisprudencia citada busca reafirmar el enfoque propuesto y en uno de los casos problematizarlo, la estructura del texto está orientada desde lo general a lo específico. El trabajo cuenta con tres partes. La primera estará compuesta de cuatro acápite, el primero contendrá los principales conceptos doctrinales sobre la naturaleza del DAS, el segundo mostrará una cierta tendencia a la administrativización del DAS, el tercero abordará de manera crítica la forma de aplicación de las garantías penales al DAS ambiental y sus respectivos matices, el cuarto subcapítulo pretende justificar la necesidad de nuevas formas de pensar el DAS ambiental ante la insuficiencia del modelo explicativo desde el Derecho Penal . El segundo capítulo está estructurado en tres partes, el primer subcapítulo contiene la conceptualización de libertad positiva-libertad negativa que será usado en todo el capítulo; en el segundo se entregará diversas formas de justificación para decir que la libertad regulada en el derecho administrativo

²² Véase, CORDERO y ALDUNATE, Op Cit. y VAN WEEZEL, Op cit. 3

²³ Véase LETELIER, R. 2017. Garantías penales y sanciones administrativas. Revista Política criminal (24):622-689.

sancionador ambiental como una libertad positiva razón por la cual tendría un objeto distinto al Derecho Penal, el tercer subcapítulo contiene una propuesta de distinción cualitativa entre lo penal y lo administrativo sancionador ambiental. El tercer capítulo está estructurado en tres partes, en el primer subcapítulo se concretiza la noción de la libertad-económica-ambiental como una libertad positiva, esto es sujeta a una autorización y se analiza en detalle la naturaleza de la RCA como precario, cuestión que relevaría la diferencia entre las garantías del derecho penal y las propias del DAS ambiental, en un segundo subcapítulo se abordarán algunas críticas que ha recibido la autonomía del DAS en cuanto a su suficiencia, y se intentarán responder desde una perspectiva ambiental, en el subcapítulo final se abordará el régimen axiológico propio del DAS ambiental tanto como Derecho Administrativo como Derecho propiamente Ambiental.

CAPÍTULO I: La insuficiencia del Artículo 19 N° 3 frente el DAS Ambiental.

En este capítulo se ofrecerá una panorámica del *estado del arte* para mostrar algunas tensiones en la forma de aplicación de las garantías del derecho penal al DAS en general y ambiental, para en definitiva justificar la necesidad de plantear el enfoque propuesto en este trabajo. Para lograr este cometido en un primer momento se explicarán las distintas teorías sobre la relación entre el DAS en general y el Derecho Penal. En un segundo momento se analizará²⁴ cómo y en qué medida se ha relacionado doctrinal y en algunos casos jurisprudencialmente los principios del derecho penal con el DAS Ambiental, para señalar que los *matices* respecto de los principios del derecho penal que la doctrina y jurisprudencia han identificado en la aplicación del DAS en general y ambiental en particular no harían más que demostrar la independencia del DAS ambiental, en la medida que padecerían de una insuficiencia explicativa²⁵. Finalmente se tratará de demostrar la necesidad de nuevas formas de conceptualizar el DAS ambiental alejado del Derecho Penal.

Subcapítulo 1: Conceptos preliminares:

En este apartado caracterizaremos sucintamente las distintas teorías existentes en Chile sobre la relación entre el DAS y el Derecho Penal, para así tener un panorama general de la doctrina.

1.1. Identidad ontológica.

Existiría un Derecho Penal Administrativo más que un DAS, esta teoría se basa en una identidad ontológica entre ambas ramas según la cual el DAS se subsumiría dentro del Derecho Penal, esta tesis en Chile aparece sostenida con una variante según la cual el DAS sería de hecho inconstitucional al atribuirle facultades jurisdiccionales a la Administración del Estado²⁶. Esta tesis *clásica* si se quiere, ha sido ampliamente superada

²⁴ Desde el cual la naturaleza autorizatoria del DAS ambiental, evitaría la aplicación de garantías del Derecho Penal.

²⁵ CORDERO, L. 2020. El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno. Revista Ius et praxis (40):421-447.; 2.- ZÚÑIGA, F. y OSOSRIO, C. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. Revista de Estudios Constitucionales 14(2):461-478.; 3.- OSORIO, C. 2018. Jurisprudencia sobre tribunales ambientales. Santiago, Thomson Reuters.

²⁶ ARÓSTICA, I. 1987. Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal. Revista de Derecho de la Universidad de Concepción (182):71-80.

por la tesis cuantitativa y del préstamo, por lo que no me referiré mayormente a ella más que residualmente, en la medida que al sostener la diferencia cualitativa se abordará el centro de esta discusión – a saber, una desigualdad ontológica entre una y otra categoría-.

1.2. *Diferencia cualitativa*

Plantea que el DAS y el Derecho Penal son estancos distintos, en general se le atribuye a esta teoría el plantear cuestiones como que al Derecho Penal le corresponden sanciones más fuertes²⁷, o bien que el Derecho Penal actuaría en defensa de bienes jurídicos concretos y el DAS respecto de la integridad general del sistema²⁸, una versión más contemporánea e interesante de esta teoría está presente en la obra del profesor Percy García²⁹

1.3. Teoría de la diferencia cuantitativa.

Existiría un *ius puniendi único estatal* que haría exigible estas garantías del 19N3 en tanto *potestad sancionatoria*. Esta tesis se fundamenta en que existirían ciertas notas distintivas comunes entre ambos derechos, a saber, la aplicación una *retribución* a un sujeto por la inobservancia de una norma. En nuestra doctrina redundan en la aplicación matizada de principios penales al DAS. En la medida que afirma que, si bien ambas disciplinas son distintas, se entienden predicadas de un *ius puniendi unitario*. Esta es la tesis mayoritaria a día de hoy y es sostenida por autores como Cordero Quinzacara y Aldunate³⁰, Camacho³¹, y Bermúdez Soto.³²

1.4. Teoría del préstamo.

El profesor Cristian Román sostiene una plena autonomía del DAS pero acusa que ante una falta de desarrollo dogmático de la disciplina, ante la cual deben aplicarse las garantías del derecho penal, de esta forma, pese a no existir un *ius puniendi unitario*, de forma provisional se aplicarán las garantías del Derecho Penal mientras se espera la consolidación de un DAS autónomo.³³ La tesis de Román será abordada en

²⁷ El profesor Londoño ha propuesto como dirimente la afectación de bienes vitales personales (como la libertad) en la pena en contra de bienes commensurables (bienes económicos). En Londoño 2014. Van Weezel crítica esta distinción al señalar que mediante la afectación de bienes commensurables puede afectar DD.FF, además el enfoque en comentario vendría a hacer discutible la aplicación de garantías penales en casos penales donde la sanción sea una multa. En LONDOÑO, F., 2014, Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio. Revista de Derecho (27): 147-167; pp.156-158VAN WEEZEL, Op cit.

²⁸ Una variante de esta teoría la encontramos en Londoño (2014). De esta forma el derecho penal sería no consecuencialista (en tanto retributivo) y el administrativo sancionador y regulatorio sería consecuencialista en la medida que busca orientar la actividad particular mediante incentivos y desincentivos. En LONDOÑO, F., Op cit.

²⁹ En un sentido semejante Aracena (2017) p.131 señala que una diferencia central entre ambas áreas se encuentra en que el DAS regula y el Penal castiga, correspondiendo consiguientemente garantías distintas en ambos casos. Véase ARACENA, P. 2017. Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativo sancionador para Chile. Revista de Estudios de la Justicia (26):96-144.

³⁰ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. op cit.

³¹ CAMACHO, G. 2007. La Legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora. Revista de Derecho Público (89):9-23.p.11, p.19 y 23.

³² BERMÚDEZ, J. 2011. 3.Potestad Sancionadora. En: Derecho Administrativo General. Santiago, Legal Publishing Chile. pp.273-294.

³³ Román mas que sostener la identidad ontológica acepta un "préstamo conceptual" a falta de un desarrollo autónomo de la disciplina, véase ROMÁN, C. 2008. Derecho Administrativo Sancionador ¿ser o no ser? He ahí el dilema. En: PANTOJA, E. (Ed.). Derecho Administrativo. 120 Años de Cátedra. Santiago, Editorial Jurídica. pp. 107-141 pp.. 113-115.

conjunto con la teoría cuantitativa, en la medida que durante el trabajo se sostendrá la no sujeción a garantías penales, por lo que se tratará de dar respuesta a algunas de las inquietudes de esta teoría.

1.5. Teoría de la diferencia funcional.

La quinta y más reciente de estas teorías es la de la *diferencia funcional* basada en el concepto de *responsividad*, se plantean diferencias con base a funciones: Letelier plantea que el enfoque en lo “cualitativo” y en la naturaleza de las disciplinas es inútil, debiendo preferirse analizar el marco jurídico aplicable con base a las funciones que cumplen ambos estancos y los costos que traen aparejados, enfatizando en el rol de *enforcement* del DAS a la vez que crítica el uso de las garantías penales por falta de una fuente normativa explícita que vuelva estas garantías aplicables al DAS^{34,35}. La diferencia entre la tesis funcional y la cualitativa, es que la primera amplía la mirada, siendo, siguiendo la conceptualización de Aracena Salgado la sanción es solo una herramienta estatal -entre otras- para lograr determinados fines³⁶. De esta forma la sanción administrativa sujeta a garantías penales impediría la concreción de una determinada *finalidad pública*³⁷ y es este entorpecimiento el criticado por sobre la naturaleza jurídica de la sanción. Una *máxima* de esta teoría fue formulada por Letelier, en definitiva “No existe ninguna razón que justifique tener aquella aproximación de *ultima ratio* en el cumplimiento de los deberes administrativos impuestos por el sistema jurídico. En este contexto, es sólo el ajuste de la sanción a todo aquel sistema jurídico que el criterio debe regir”³⁸

Este trabajo se posiciona junto con la teoría de la diferencia funcional y la cualitativa, en definitiva, se posiciona por la autonomía del Derecho Administrativo Sancionador Ambiental.

Subcapítulo 2. Algunas tendencias doctrinales y jurisprudenciales hacia la independencia dogmática del DAS ambiental respecto de las garantías penales.

En este acápite resaltaré la tensión -fundamentalmente jurisprudencial- que ha presentado la doctrina respecto de la aplicación de los principios del *ius puniendi* al DAS en general, y luego respecto del DAS propiamente ambiental, en este sentido se intentará describir cronológicamente un cierto *fenómeno de administrativización* del DAS ambiental.

³⁴ LETELIER, R. 2017, op cit.

³⁵ En un sentido semejante a Letelier analiza la situación el profesor Francisco Zúñiga. Véase ZÚÑIGA, F. 2015. El retorno a lo administrativo: Comentario a la sentencia rol N° 1079-2014 de la Corte Suprema, “Fisco de Chile con Dórr Zegers y otros” (“Chispas II”). Revista de Estudios Constitucionales (13): 399-416.; y 75. ZÚÑIGA, F. y OSORIO, C. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. Revista de Estudios Constitucionales 14(2):461-478.

³⁶ ARACENA, P. 2017. Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativa sancionador para Chile. Revista de Estudios de la Justicia (26):96-144.

³⁷ GUILOFF, M. y SOTO, P. 2015. Sanciones Administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsiva. En. La Nueva Justicia Ambiental. [en línea] Coord. Por FERRADA, J, BERMUDEZ, J. y PINILLA, F. < https://www.researchgate.net/profile/Pablo_Soto_Delgado/publication/281116663_Sanciones_administrativas_discrecionalidad_y_revision_judicial_una_mirada_desde_la_regulacion_responsiva/links/561d348e08ae50795afd78bb/Sanciones-administrativas-discrecionalidad-y-revision-judicial-una-mirada-desde-la-regulacion-responsiva.pdf > [consulta: 2 diciembre 2020] pp.111

³⁸ LETELIER, R. 2017, op cit.

Los profesores Zúñiga y Osorio han sido los más dedicados a este estudio. El primero, se refería en 2015 a un “retorno a lo administrativo” a propósito del Caso Fisco de Chile con Dörr Zegers empezando a constatar una mayor madurez dogmática del DAS.³⁹

En un texto del año 2016 describían los profesores Zúñiga y Osorio que “la Corte Suprema ya no acude a los principios generales del derecho penal para resolver controversias de la sanción administrativa, y opta por examinar los expedientes sancionadores y los actos administrativos terminales, absolutorios o sancionadores, bajo la óptica tradicional de la revisión de la legalidad, sujeta a los siguientes criterios que se pasarán a analizar”⁴⁰. Destacando como principios: La coherencia entre la formulación de cargos y la sanción aplicada⁴¹, la existencia de un probatorio propiamente administrativo-sancionador⁴², la aplicación del principio de legalidad administrativa -como control de procedimiento y motivación,⁴³ revisabilidad del acto administrativo sancionador⁴⁴. En la parte final de su trabajo proponen usar como garantías del administrativo sancionador los Artículos 19 N° 26 y 63 N° 18 de la Constitución. ⁴⁵

El año 2017 esta tensión era planteada en materia ambiental por Moya a propósito del fallo Bocamina, a propósito del factor intencionalidad, de forma que el elemento subjetivo se acredita conforme a la proximidad de la información mas que por alguna figura semejante al *dolo*. La autora además se encuadra claramente en la tesis responsiva.⁴⁶

El año 2018 Osorio Vargas nos entrega una obra notable que compila la jurisprudencia de los tribunales ambientales en materia sancionatoria entre los años 2013 y 2018, que se procederá a analizar por tribunal a continuación:

- Las sentencias del primer tribunal ambiental en general no nos aportan demasiado a la discusión⁴⁷.
- *En el Segundo TA* vemos una línea de especialidad desde sus primeras sentencias a este respecto, en definitiva: Se reconocen tempranamente cuestiones como una morigeración de la tesis del ius puniendi unitario y la aplicación del principio de conservación de los actos en materia sancionadora⁴⁸. La aplicación

³⁹ ZÚÑIGA, F. 2015. El retorno a lo administrativo: Comentario a la sentencia rol N° 1079-2014 de la Corte Suprema, “Fisco de Chile con Dörr Zegers y otros” (“Chispas II”). Revista de Estudios Constitucionales (13):399-416

⁴⁰ ZÚÑIGA, F. y OSORIO, C. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. Revista de Estudios Constitucionales 14(2):461-478. p. 462.

⁴¹ Ibid. p. 463-467.

⁴² Ibid. p. 467-471

⁴³ Ibid. p.471-474

⁴⁴ Ibid. p. 474-475

⁴⁵ Ibid. p. 477.

⁴⁶ MOYA, F., op cit. pp. 227-239.

⁴⁷ OSORIO, C., 2019. Jurisprudencia sobre Tribunales Ambientales, Derecho Administrativo Sancionador Ambiental <<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2018%2F42494546%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#>> [consulta: 15 octubre 2020].

⁴⁸ OSORIO, C. 2019. Rubén Cruz Pérez y otros en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente (Pascua Lama). En OSORIO C. 2019 op cit.

eventual de principios del ius no implica una extrapolación de normas del Código Penal⁴⁹. La no aplicación del principio de oportunidad⁵⁰. La relevancia de la motivación administrativa en la sanción⁵¹, la supletoriedad de la Ley N° 19880 a la LOSMA⁵², ampliación de la figura del *dolo*⁵³, concepto amplio de fiscalización⁵⁴, la formulación de cargos fija los sólo los hechos, pudiendo recalificarse los mismos⁵⁵. Aparece también la relación entre sujeto calificado e intencionalidad⁵⁶; así como ponderabilidad entre el principio de irretroactividad y el preventivo⁵⁷.

En este lapso de tiempo podemos constatar una clara administrativización del DAS ambiental en este Tribunal.

- *En el Tercer TA* vemos algunas adiciones a esta dogmática administrativizada, en particular releva la discrecionalidad de la SMA⁵⁸, la utilidad colaboración reglamentaria y relevancia de las bases metodológicas⁵⁹, principio de trascendencia- como refuerzo del principio de conservación⁶⁰, reclamabilidad por no inicio de procedimiento sancionatorio cuando existen antecedentes graves -esto es un límite al principio de oportunidad.⁶¹

El tercer TA en el periodo revisado por los autores también tiene un marcado carácter administrativo.

De esta forma en materia sancionatoria general y ambiental en particular es constatable -descriptivamente- un cierto giro en la doctrina hacia la administrativización del DAS cuestión relevada por Cordero Vega en uno de sus más recientes trabajos⁶², así como por Osorio -reconoce esta autonomía, pero de una forma más *relativa* al seguir promoviendo la aplicación de las garantías penales- en su *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*⁶³.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ OSORIO, C. 2019. Federación de Sindicatos de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales y Buzos Mariscadores I Región y otros en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente. En OSORIO, C., 2019 op cit.

⁵¹ Osorio Vargas R-26-2014

⁵² OSORIO, C. 2019. Compañía Minera Maricunga en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente. En OSORIO, C., 2019 op cit

⁵³ OSORIO, C. 2019. Pampa Camarones SA en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente. En OSORIO, C., 2019 op cit.

⁵⁴ OSORIO, C. 2019 N° Sindicato de Trabajadores Independientes, Pescadores Artesanales, Buzos Mariscadores y ramas similares, de Caleta Ventanas y otros en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente (Derrame Petróleo Quintero II). En OSORIO, C., 2019 op cit

⁵⁵ OSORIO, C. 2019 Sociedad Agrícola El Tranque de Angostura Limitada en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente. En OSORIO, C., 2019 op cit

⁵⁶ OSORIO, C. 2019. Ministerio de Obras Públicas en contra del Superintendente del Medio Ambiente, C., 2019 op cit

⁵⁷ OSORIO, C. 2019 N° 140-2016 En OSORIO, C., 2019 op cit

⁵⁸ OSORIO, C. 2019. Compañía Contractual Minera Candelaria en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente. En OSORIO, C., 2019 op cit

⁵⁹ OSORIO, C. 2019. Exportadora Los Fiordos en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente. En OSORIO, C., 2019 op cit

⁶⁰ OSORIO, C. 2019. Eagon Lautaro en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente. En OSORIO, C., 2019 op cit

⁶¹ OSORIO, C. 2019. Salmones Camanchaca SA en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente. En OSORIO, C., 2019 op cit

⁶² CORDERO, L. 2020. Op cit.

⁶³ OSORIO, C. 2017. La legitimidad de la sanción administrativa. En Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador 2° Edición

Actualizada Ambiental < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2017%2F42134041%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=0&eid=649722e7c84699d8e6a3860ef0ab0cc0&eat=F5C07164-0797-2227-B548-3B62ABBF0B43&pg=&psl=e&nvgS=false> > [consulta: 15 octubre 2020].

A modo meramente enunciativo, he constatado que la jurisprudencia reciente (correspondiente a los meses que median entre enero y septiembre del 2020) del Tercer Tribunal Ambiental parece haber adoptado la tesis de la responsividad y una independencia más marcada respecto de los principios penales.

En particular el Tercer Tribunal Ambiental ha dictado cinco sentencias en materia sancionatoria a septiembre del 2020⁶⁴:

Analizándolas en orden cronológico, la primera de ellas -que será abordada en más detalle en el próximo subcapítulo- es Celulosa Arauco Constitución con SMA. Está fechada el 10 de febrero del 2020 *Rol R-64-2018*, la analizaremos en detalle en el siguiente epígrafe (la LBPA , y los Artículo 19 N° 26 y 63 N° 18 de la Constitución, siguiendo a Zúñiga y Osorio en este sentido) (C. 64), así si bien se refiere más a una hipótesis cuantitativa al momento de abordar las garantías penales -diciendo cosas como *no se aplican de la misma manera-* (c. 61) en la práctica esta sentencia deja sin aplicación las garantías penales prefiriendo las puramente administrativas.

En la sentencia caratulada Gervana del Carmen y otros contra la SMA, de fecha 31 de marzo del 2020 *Rol R-18-2018* como se ha señalado existe una referencia al principio de oportunidad al mismo tiempo que controla el acto desde la *pura* legalidad y motivación, además de tener referencias -de continuidad- a la figura del sujeto calificado (C. 38). Resulta relevante considerar que al momento de fallar el Tribunal considera tantos principios ambientales como situaciones socio-ambientales determinadas de forma que la percepción del territorio como una “Zona de sacrificio” debió ser considerada por la agencia sancionadora, esto es relevante porque releva que la salud de la población y la integridad del medio ambiente son bienes a ponderar para determinar la sanción. Se destaca el hecho de que en la sentencia no hay ninguna referencia a las garantías penales.

El siguiente caso caratulado Aconser SpA con SMA , de fecha 24 de junio del 2020 *Rol R-9-2020* no refiere a garantías penales, pero caracteriza al procedimiento sancionatorio como administrativo, interpretando según las normas de la LBPA el concepto de expediente (C. 8 y 9)

En la más recientes de estas sentencias caratulada Turismo Lago Grey S.A. con SMA, de fecha 12 de agosto de 2020, *Rol R 28-2019* junto con reafirmar la tesis de la congruencia como relativa a los hechos -posibilitando la recalificación- Llegando a relevar que en esta hipótesis “no resultan aplicables aquí las garantías penales derivadas del *ius puniendi*” (C. 23). También se llega a afirmar respecto de la formulación y reformulación de cargos que “ Si bien es una norma cuya finalidad es proteger la defensa del presunto infractor, también marca un ámbito de acción o espacio de libertad para la autoridad, coherente con la

⁶⁴ Los siguientes párrafos son tributarios del Centro de Derecho Ambiental que impone a sus ayudantes la tarea de revisar sentencias, tarea gracias a la cual tuve un primer acercamiento a estas sentencias.

provisionalidad de la imputación. En efecto, es necesario reconocer un ámbito de apreciación a la SMA para que adopte la decisión que mejor satisfaga el interés público.” (C. 18) esta formulación se identifica con la tesis responsiva en particular en la formulación de Gómez y Soto Delgado -que veremos en detalle a continuación-, en la medida que reconoce un ámbito de discrecionalidad de la agencia en función del interés público. En los considerandos 31 y 32 encontramos un relevo de la naturaleza preventivo de la RCA, de forma que la sanción responde a un determinado posicionamiento frente al riesgo, en este sentido nos situamos en una hipótesis similar a la de Rojas Calderón.

Se vuelve importante señalar que la jurisprudencia reciente del Segundo Tribunal Ambiental nos entrega un contrafactual -al menos aparente- a lo que hemos venido sosteniendo, que revisaremos en el tercer epígrafe de este subcapítulo, en particular -y en lo que nos importa- se cuadra directamente con la tesis cuantitativa (C. 7.) reconociendo por lo tanto la aplicación matizada de los principios del Derecho Penal (C. 8) que en el caso concreto se traduce en una expresión del principio de *tipicidad* (C. 113-147).

Subcapítulo 3. El non servían del DAS ante las garantías del derecho penal.

En este subcapítulo procederé a revisar de que forma la aplicación de las garantías del Derecho Penal al DAS ambiental, desde un enfoque principalmente dogmático, el análisis jurisprudencial tendrá entonces la función de reforzar las discusiones doctrinales y de profundizar el modo en que estas garantías funcionan en el DAS ambiental, en general las sentencias referidas corresponden desde marzo hasta el mes de noviembre del año 2020, a excepción de las que son citadas a propósito de la colección de jurisprudencia de Osorio Vargas. Se revisará en específico la aplicación de los principios de tipicidad, juridicidad, irretroactividad y proporcionalidad. Para ello se analizará su contenido constitucional, los fundamentos de su aplicación, así como las razones de su no aplicación al DAS ambiental. Este capítulo sigue muy de cerca las críticas y forma de conceptualización del profesor Letelier en su texto “Garantías penales y sanciones administrativas”⁶⁵, referenciando en algunas garantías a otras formas de conceptualización y concretizando el problema en lo específicamente ambiental.

1. Principio de tipicidad.

El principio de *tipicidad* tiene la siguiente formulación “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”

A estos respectos Jaime Couso ha sostenido que en materia administrativo-sancionatoria se admite mayor colaboración reglamentaria⁶⁶ “el principio de tipicidad, tal como se conoce en el derecho penal, no tiene

⁶⁵ Texto en el cual se puede encontrar una magistral exposición de los problemas que trae la aplicación de las garantías penales al DAS general desde una perspectiva responsiva cercana al Análisis Económico del Derecho. Véase LETELIER, R. 2017.

⁶⁶ COUSO, J. Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema. Revista Ius et Praxis 24(1):437-496. p.446.

aplicación en el derecho sancionatorio administrativo”⁶⁷, exigiendo sin embargo “previsibilidad de la sanción y adecuación a la voluntad del legislador, tanto en relación con los posibles objetivos de política pública que pueden guiar su programa sancionatorio como con los propios límites que el legislador ha querido imponer a las agencias”⁶⁸; Cordero y Aldunate han sostenido -como se verá en detalle en el segundo capítulo de este trabajo- que la tipicidad penal encuentra su fundamento en que es una restricción específica a un ámbito de la libertad general, siendo, en materia administrativo sancionadora el ámbito de conductas realizables por el titular contrastables directamente con el bloque de juridicidad⁶⁹.

Letelier, quien ha sido uno de los más célebres defensores de la autonomía del DAS frente al derecho penal, ha sostenido que lo que hemos entendido como tipicidad en materia administrativo-sancionatoria no sería más que el principio de legalidad administrativo, se controlaría en definitiva la actuación del órgano conforme a su esfera competencial⁷⁰. Luego señala este académico que en la forma de aplicación de esta “tipicidad”, es en función de la colaboración infralegal, que surge de la necesidad de la colaboración reglamentaria en función de la complejidad técnica de los sectores regulados⁷¹.por lo cual nuevamente no estaríamos de hecho en el ámbito de la tipicidad, sino que de la legalidad administrativa, existiendo una tendencia jurisprudencial a este respecto⁷².

Londoño, en función de la perspectiva consecuencialista del DAS refiere a que en materia sancionatoria se permite establecer *standars* -cuyo sentido es asignado ex post su dictación por el regulador- sobre *rules* -cuyo sentido es asignado ex ante su dictación por el legislador-⁷³, soportando la materia sancionatoria una mayor apertura en el lenguaje para que el Órgano Administrativo competente pueda orientar los estándares a los fines del sector regulado.⁷⁴

Una profundización del *consecuencialismo* en la sanción ambiental lo encontramos en el trabajo de la profesora Jessica Fuentes, así “ Las condiciones y deberes que se imponen como restricciones a libertades y derechos fundados en el Artículo 19 N° 8 de la Constitución tienen una finalidad concreta: la protección del medio ambiente , lo que impone al particular la necesidad de evitar, disminuir, manejar, mitigar y reparar los impactos que pueden derivarse del ejercicio de su actividad o proyecto. [...] En definitiva, no basta simplemente con la disposición de las acciones tendientes a evitar o disminuir los impactos al medio ambiente a niveles tolerables, sino que junto con la apreciación del cumplimiento de los deberes de conducta impuestos para la consecución de dicho fin se considera igualmente el resultado obtenido. Esto se demuestra

⁶⁷ Ibid. p. 472

⁶⁸ Ibid. p - 491

⁶⁹ CORDERO,E., y ALDUNATE, E., op cit pp.356-358.

⁷⁰ LETELIER; R. 2017, op cit pp. 647-653

⁷¹ Ibid. pp. 663

⁷² Ibid. pp.653-656

⁷³ LONDOÑO , F., Op cit. P. 151

⁷⁴ LONDOÑO , F., Op cit p. 161-162.

porque, por ejemplo, en la gradación de las sanciones dispuestas en la Ley N° 20.417 aparece como elemento diferenciador de las infracciones gravísimas y graves la circunstancia que los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes causen un daño ambiental que sea o no susceptible de reparación. Esto es, desde el punto de vista material de la conducta entre infracción grave y gravísima no existe diferencia pero ella viene dada por las consecuencias que se siguen de dicha conducta.⁷⁵

Tanto Van Weezel como Gómez relevan la necesaria indeterminación de la ley impide que pueda regular los sectores específicos, siendo necesaria la colaboración infralegal⁷⁶, llegando Gómez a relevar la remisión en materia sancionatoria a potestades discrecionales⁷⁸, en un sentido semejante Van Weezel señala que las instrucciones e indicaciones de la administración tienen un carácter constitutivo respecto de la actividad⁷⁹.

A mayor abundamiento, la Sentencia R-5-2018 de fecha 17 de septiembre del 2020 del Primer Tribunal Ambiental -Caso Pascua Lama-, reconoce la existencia de un ámbito de discrecionalidad en materia sancionatoria -en la determinación del *quantum* de la sanción- que se controla vía motivación (c.134-138), a la vez que se reconoce por un lado que se debe seguir cierta metodología (en la forma de las bases metodológicas) (c. 243-250) y por otro que el margen es casuístico pudiendo fijar en cada procedimiento sancionatorio sanciones distintas a las impuestas en casos similares siempre que estas se encuentren debidamente fundadas (c. 415-423)

A este respecto se está de acuerdo con lo planteado por la doctrina y la sentencia citada, en la medida que la necesidad de colaboración infralegal es un hecho evidente en materia administrativo sancionadora ambiental, desde el momento que se permite sancionar por infracciones a títulos autorizatorios entregados por órganos de la Administración (como la RCA), y normas de emisión (que tienen la forma de un Decreto Supremo), cuestión que reafirmaría lo planteado por Letelier, es decir, que la forma de aplicación del principio de tipicidad en materia administrativo sancionatoria (y ambiental) no sería una cosa distinta al principio de legalidad⁸¹.

Desde luego dogmáticamente, esto es reencuadrable al enfoque que será propuesto -tributario de las doctrinas citadas y especialmente de Cordero y Aldunate junto con Sepúlveda en este aspecto, y de Letelier- en la medida que como será propuesto en el segundo capítulo: La sanción penal requiere de una delimitación especial al ser un espacio de libertad negativo que pasa a estar limitado por una pena que aparece como accidental al régimen de libertad general⁸². En cambio, en materia administrativo-sancionatoria ambiental la

⁷⁵ FUENTES, J., Op Cit.

⁷⁶ VAN WEEZEL, A., Op cit p.1007-1008

⁷⁷ GÓMEZ, R. 2020. Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. Revista Ius et Praxis 26(2):193-218. p.200-201.

⁷⁸ Ibid. p. 201.

⁷⁹ VAN WEEZEL, A., Op cit p. 1008.

⁸⁰ En un sentido semejante Román 2020 p. 160.

⁸¹ LETELIER (2016), Op cit.

⁸² CORDERO, E., y ALUDNATE, E., Op cit, pp. 356-358

libertad se identifica con el cumplimiento de la normativa sectorial, en tanto, sector regulado mediante un título autorización. De esta forma, al identificarse el deber general del titular con el cumplimiento general de la normativa ambiental que justifica la autorización, no puede entenderse que la sanción venga desde una excepcional afectación -externa- a bienes jurídicos de un particular, sino que la actividad de la Administración justamente *conforma* la totalidad de la actividad a realizar⁸³. Así, se entiende que la sanción administrativa opere *prima ratio* y no a *ultima ratio*⁸⁴, pues la sanción administrativa no viene a afectar un derecho fundamental, sino que justamente a orientar su unívoca forma de ejercicio. Así, esta diferente naturaleza jurídica no haría aplicable esta formulación al DAS ambiental (cuestión que analizaré con mayor profundidad en el próximo capítulo).

2. Principio de culpabilidad.

El principio, tiene la siguiente formulación constitucional “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.”, además de desprenderse de forma genérica de conceptos como el de igualdad ante la ley.

Respecto de la culpabilidad, en materia administrativo-sancionadora, el profesor Couso ha sostenido que en el DAS Ambiental se permiten hipótesis de responsabilidad infraccional, no siendo esto particularmente conflictivo⁸⁵.

Respecto de la función de la sanción los profesores García, Salinas y Van Weezel, se ha señalado que el DAS busca el *enforcement* cuestión que difiere de la función retributiva del Derecho Penal. Es relevante reiterar esto, pues como se verá a continuación es usado doctrinalmente como fundamento de una configuración diferenciada del elemento subjetivo.

Van Weezel ha señalado que “El derecho sancionatorio de la administración formaliza los aspectos subjetivos de la imputación sustituyendo el conocimiento de la infracción por el deber de conocer sus presupuestos”⁸⁶

El profesor Salinas, en su propuesta de principios aplicables al DAS como disciplina autónoma refiere a la configuración de la responsabilidad de la siguiente manera: “la culpabilidad o responsabilidad, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no debe entenderse como un elemento interno del sujeto activo

⁸³ SEPULVEDA, D.2019, op cit.

⁸⁴ LETELIER, R. 2018b, op cit. pp. 222-223

⁸⁵ COUSO, J., op cit. pp.475-478

⁸⁶ VAN WEEZEL, A., Op cit p. 1010

o infractor. Antes bien cede su lugar a aquella conducta esperable en relación con un estándar de actuación⁸⁷

De esta forma el profesor García ha llegado a sostener que “es posible que la sanción administrativa llegue incluso a prescindir de la motivación individual en sectores sociales especialmente complejos y apunte únicamente a hacer una asignación eficiente de riesgos”⁸⁸ cuestión que siguiendo a Rojas y en general a la doctrina de la responsividad en materia ambiental es justamente lo que hace el DAS ambiental o en palabras del autor la faz activa del Derecho Ambiental⁸⁹. De esta forma, vale recordar que para autores como Aracena DAS “regula y no castiga”⁹⁰.

Reformulando el DAS ambiental está diseñado para orientar la conducta de los infractores a un modo específico de ejercicio -respetando el Derecho Objetivo, o bien para poner término a la situación de sujeción especial, así, configurándose el tipo subjetivo desde un determinado posicionamiento ante diferentes riesgos y bienes jurídicos protegidos.⁹¹

Letelier en “el precio del statu quo” es elocuente en señalar que un estándar de más allá de toda duda razonable tiene un costo social mayor al de la prueba preponderante, al sacrificar un funcionamiento eficiente, neutralizar la relación falso positivo/ falso negativo y lograr un adecuado *enforcement*, por una valoración especial de la libertad de las personas, en materia administrativo sancionatoria no puede decirse lo mismo porque la valoración de la libertad de las empresas (que son los sujetos regulados) sería distinta en tanto valoración social de la libertad ambulatoria, de esta forma el estándar de prueba más eficiente sería el de la prueba preponderante⁹².

En un sentido semejante Hunter ha relevado que en materia contencioso-administrativo-ambiental deben considerarse cuestiones de interés público *como* el principio precautorio, de esta forma, el estándar para acreditar la responsabilidad se ve tensionado en los casos de incertidumbre por principios orientados al cuidado del medio ambiente⁹³, aunque el autor llega a señalar que en materia sancionatoria debe aplicarse el principio de *presunción de inocencia* lo caracterizándola de la siguiente manera “asumiendo la Administración la carga de producir prueba válida y contradictoria para establecer la responsabilidad del titular del proyecto o autoridad”⁹⁴ de esta forma esta *presunción de inocencia* no es distinta al principio de contradictoriedad y motivación en el marco de un procedimiento administrativo, cuestión que parece encontrar sus

⁸⁷ SALINAS, C., Op cit. En un sentido semejante véase ARACENA, P. 2017. Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativa sancionador para Chile. Revista de Estudios de la Justicia (26):96-144. p. 131.

⁸⁸ GARCÍA, P., Op cit p. 28.

⁸⁹ ROJAS, C. op cit. Pp. 292-297.

⁹⁰ ARACENA, P. op cit p. 131.

⁹¹ ROJAS, C., op cit pp.294-300.

⁹² LETELIER, R. 2018b pp. 213-225.

⁹³ HUNTER, I., 2015 op cit. p. 658-659

⁹⁴ HUNTER, I., 2015 op cit. p. 660.

fundamentos más bien en la formulación Artículo 4 de la Ley N° 19.880 que de una semejanza con el derecho penal.

Lo anterior se relaciona con el concepto de sujeto calificado en la doctrina ambiental nos referiremos en los capítulos siguientes y como veremos impide también la aplicación del tipo subjetivo como culpabilidad penal.

A mayor abundamiento, el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental ha llegado a referirse específicamente a este punto en la Sentencia caratulada Celco con SMA rol R-64-2018 de 10 de febrero del 2020:

Sobre la carga de la prueba, el Tribunal señaló lo siguiente:

“ De esta forma, el Tribunal considera pertinente precisar que, la exigencia de los principios de imparcialidad y de presunción de inocencia no pueden ser exigidos a la SMA en los mismos términos que se aplican en el ámbito penal, pues entre las sanciones administrativas y las penas existen diferencias que deben ser observadas” (C. 61) “ para cumplir con el principio de objetividad, la Administración debe exhibir un estándar suficiente de motivación y precisión, el que se refleja en el nivel de detalle del análisis, así como la claridad y consistencia de las razones y fundamentos que le permiten arribar a las conclusiones expuestas en los actos administrativos que recaen sobre Celco.”(C. 63) “ De esta forma, para asegurar las garantías del debido proceso en la Administración Pública, basta con atender a ciertas disposiciones constitucionales, como son aquellas dispuestas en el artículo 19 N° 26 de la CPR en sentido que ninguna actuación pública o legal debe afectar los derechos en su esencia y en el artículo 63 N° 18 de la CPR, que establece que los procedimientos administrativos deben ser fijados por ley. Sin embargo, la observación de las normas propias del Derecho Administrativo, como son la Ley N° 19.880, que establece las Bases del Procedimiento Administrativo, y la Ley N° 18.575, que establece las Bases Generales de la Administración del Estado, son también garantías de objetividad.” (C. 64) “ Sin embargo, que la carga de la prueba pese sobre la Administración, solo exime al posible infractor de la carga de aportar prueba en contrario mientras no se obtenga una que sea suficiente. Es decir, en ausencia de prueba de cargo por parte de la Administración, el presunto infractor puede mantenerse inactivo sin consecuencias jurídicas para él. Pero, una vez superado el vacío probatorio, corresponde al presunto infractor la prueba de los hechos excluyentes o eximentes de responsabilidad, no bastando su simple invocación, lo que no vulnera presunción de inocencia ni altera carga probatoria alguna.” (C. 65)

Llegando a decir categóricamente y como corolario que “ el estándar de prueba aplicable en el procedimiento sancionatorio, no es más allá de toda duda razonable, sino la probabilidad preponderante,

por tanto, no es necesaria una prueba que demuestre la intencionalidad más allá de toda duda razonable, sino que basta que exista mayor probabilidad de un actuar deliberado.” (C. 82)

Sobre la relación de sujeción especial, el deber de conducta y la gestión de *riesgos* en materia sancionatorio-ambiental el Tribunal señaló que:

“ La actividad económica se encuentra autorizada por una RCA, en vistas a prevenir el riesgo de impactos al medioambiente, por lo que el deber de cuidado del titular se encuentra elevado en este caso” (C. 76) “ Al contar Celco con personal técnico y jurídico capacitado para conocer y comprender cabalmente las obligaciones que por norma está sujeto, se encuentra en una posición especial de obediencia frente a los bienes jurídicos que protege la legislación ambiental. Asimismo, el Tribunal es de la opinión que, los titulares de una RCA realizan una actividad que supone un riesgo para el medio ambiente, por lo que el estricto cumplimiento de la RCA impone, necesariamente, la obligación de prevenir la ocurrencia de tales riesgos, estando estos en la posición más inmediata para evitarlos. Es por ello que, necesariamente, los estándares de diligencia a los que está sometido son más estrictos. Adicionalmente, la omisión sistemática de información no es una conducta que se pueda atribuir al descuido o a la casualidad, sino que corresponde a una decisión voluntaria.” (C. 89) “ El calificante «intencionalidad», debe apreciarse conforme a las normas propias del Derecho Administrativo, que no necesariamente guardan relación con su símil del Derecho Penal. En consecuencia, no es necesario recurrir a la figura del dolo para determinar la concurrencia de dichas circunstancias, toda vez que lo que se pretende determinar, es el grado de diligencia en el cumplimiento de una obligación contenida en una norma, regla o, como es del caso, una RCA” (C. 166)

Reconstruyendo y reconduciendo el razonamiento del Tribunal sobre este punto podemos decir que:

El Tribunal reconoce la Autonomía del DAS ambiental, aunque no queda muy claro en cual teoría se encuadra, con todo niega la vigencia del 19 N°3 prefiriendo usar otras garantías constitucionales (sobre el Artículo 19 N° 25 me referiré expresamente más adelante). Adicionalmente se refiere a que la carga de la prueba es distinta en materia sancionatoria que, en materia penal, además de relevar la sujeción especial del titular respecto de la RCA que permite configurar el elemento subjetivo sobre una base infraccional, remitiéndose la diligencia debida a unos determinados deberes de conducta (que se identifican con el cumplimiento normativo y con deberes de información). Al mismo tiempo de caracterizar la RCA como un instrumento orientado -en función de una determinada gestión de riesgos- a la prevención de riesgos (o pasivos) ambientales.

En suma, el tipo subjetivo en materia sancionatorio ambiental es atravesado por una pluralidad de bienes jurídicos protegidos por lo que no resulta justificable la aplicación de principios en clave penal para su configuración. Máxime si -como se sostendrá- al estar dirigida la sanción administrativa a orientar el modo

en que se realiza la actividad, que solo puede ejercerse conforme al Derecho Objetivo, el fundamento de la actividad autorizada se encuentra en el cumplimiento normativo de este, no quedando espacio para la fundamentación penal de estas garantías.

3. *Principio de no retroactividad como favor libertatis*

El principio de no retroactividad tiene la siguiente formulación “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”

A este respecto Áviles, Núñez y Villanueva, han sostenido que por aplicación de la garantía penal de prohibición de la retroactividad, y en función del principio pro-reo (o favor libertatis) solo podrían ser considerados como conducta anterior las sanciones dispuestas luego de la creación de la SMA “ En este sentido, la doctrina nacional ha entendido que al señalar que sea una ley previa, implica una prohibición de retroactividad, que limita las facultades del legislador y las del ente sancionador, sin embargo, se exceptúa de lo anterior, la retroactividad de la ley penal más favorable el denominado principio de favorabilidad, en virtud del cual, la norma constitucional permite excepcionalmente aplicar una ley en forma retroactiva, si impone una pena menos rigurosa (principio in dubio pro reo).”⁹⁵ Luego de lo cual refieren a que en función del principio de tipicidad la aplicación de estas sanciones anteriores a la existencia de la SMA “ la forma en que se ha llevado a cabo la aplicación de los criterios por parte de la SMA, para ponderar esta circunstancia en su dimensión negativa, no sería la adecuada, puesto que, en virtud de los principios citados, no se puede agravar una pena por circunstancias acaecidas bajo el imperio de otra norma respecto de una materia que resultaba menos intensa, como lo era el régimen de fiscalización y sanción contenido en las leyes N° 19.300 y 20.473.”⁹⁶ Luego se refieren a que, mediante la analogía de la norma de prescripción de las conductas anteriores del Código Penal, debería existir un límite temporal para la aplicación de la conducta anterior respecto de los procedimientos Administrativo-Sancionatorios-Ambientales⁹⁷.

En lo planteado por los autores recién citados encontramos otra expresión de las consecuencias materiales de la homologación entre lo penal y lo administrativo-sancionatorio-ambiental. Ante lo dicho y planteado como consenso en el artículo es oponible la reciente sentencia R-64-2018 en sus considerandos 94 a 97 con especial énfasis en el considerando 95 “Siguiendo la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, [podrá ser considerada la conducta anterior] aun cuando las conductas anteriores no hayan sido sancionadas por la SMA, sino que por otros organismos ambientales (Seremi de Salud, el SEA y la SISS) por infracciones de

⁹⁵AVILÉS, S.; NÚÑEZ, M. y VILLANUEVA, J. 2017. El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente. Revista de Derecho Ambiental (7):177-196. p. 189.

⁹⁶ AVILÉS, S., et al, op cit. p. 193

⁹⁷ AVILÉS, S., et al, op cit. pp. 193-194.

esta naturaleza, estos actuaron en el ejercicio de su competencia, establecida por ley, con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOSMA (C. S., Rol N° 25.931-2014, 04/06/2015, cs. 1° letra c), sentencia de reemplazo), por lo que se desestima la alegación de la Reclamante que intenta controvertir su aplicación.” (C. 95) De forma que resulta al menos discutible en la práctica jurídica el enfoque según el cual es pacífico afirmar que el principio de irretroactividad tiene aplicación en el DAS ambiental.

En el considerando 96 el Tribunal refiere como un límite temporal en la consideración de la conducta anterior resulta poco afín a los fines del DAS ambiental generando incentivos perversos.

Ahora, desde luego considero que, al entenderse la sanción en el marco de la sujeción especial generada por la autorización-RCA, como veremos a partir del enfoque de Sepúlveda, en la medida que como ha planteado la autora -y veremos en el capítulo 3- la actividad económica a realizar debe estar conforme en todo momento a las condiciones que la fundamentan, de esta forma, no es decible tampoco que los titulares puedan congelar el ordenamiento jurídico a la fecha del otorgamiento de la autorización, pues esto vendría a desnaturalizar a la RCA⁹⁸⁹.

En un sentido semejante pero inverso, sobre la preteractividad favorable para el particular en el próximamente celebre fallo del Caso Pascualama del primer tribunal ambiental (R-5-2018) se refiere en sus considerandos 327 y 328:

“Que, por consiguiente, a juicio de la SMA es un hecho no controvertido que la presentación de la solicitud de revisión de la RCA se efectuó con posterioridad a que haya comenzado a configurarse fácticamente la infracción en comento.” (c.327) “Que, a juicio de este Tribunal, es dable concluir que solo en el momento en que se resuelve la revisión en cuestión, se tienen por corroborados legal e institucionalmente los presupuestos fácticos que justifican la revisión y modificación de la RCA. Sostener lo contrario, conllevaría desnaturalizar el sentido de un acto administrativo vigente y cuyas obligaciones son exigibles in actum.” (C. 328)

De esta forma, sobre la *temporalidad* de la sanción es dable añadir que, en función de la vinculación entre la autorización y el Derecho aplicable está determinada por el O.J. vigente *la infracción* se cristaliza en el momento en que se ejecuta el hecho infraccional, es decir, una determinada RCA de cara el O.J.¹⁰⁰ Por lo que la *no retroactividad* de la sanción administrativa parece venir más de la propia naturaleza del *hecho infraccional* -y de la ley- que de la aplicación del principio constitucional de prohibición absoluta de la

⁹⁸ A este respecto véase la crítica que se desprende del trabajo de la profesora Fuentes a enfoques como el de Fermandois. FUENTES, J, op cit. Abordaremos esta discusión en el capítulo 3.

⁹⁹ Y sin perjuicio que según nuestro enfoque, por la supletoriedad de la LBPA el acto administrativo sería irretroactivo de todos modos. Pero por disposición expresa de la 20.600 no valdría la cláusula de preteractividad favorable.

¹⁰⁰ Esto en el supuesto de que no existieren nulidades -o interpretaciones jurídicas que den paso a la potestad revocatoria- de por medio.

retroactividad penal. Pero con todo, no existiría una prohibición de retroactividad de fuente constitucional, pese a resultar inidónea una sanción retroactiva.

Respecto al principio de *irretroactividad de la sanción* si bien es cierto que sería inidóneo aplicar a una infracción un derecho distinto al vigente al momento de su consecución¹⁰¹, esta no retroactividad no importa un congelamiento -o propiedad- del O.J.¹⁰²

La aplicación analógica del Derecho Penal, siguiendo la conceptualización sistemática no parece justificarse en lo que a temporalidad se refiere.

Respecto del principio favor libertatis nos remitimos a Letelier “el *statu quo* de empresa ‘libre de regulación’ es, por lejos, el peor escenario de todos.”¹⁰³

4. *Principio de proporcionalidad como tipicidad reforzada:*

El principio de proporcionalidad carece de una consagración constitucional expreso.

Resulta imposible hablar en el Chile actual del principio de proporcionalidad en el DAS nacional sin referir a la archi-comentada sentencia Rol N° 2922-2015 de la SVS contra Guzmán Lyon en el marco del denominado “caso cascadas”. En esta sentencia el Excelentísimo Tribunal Constitucional invocando el principio de proporcionalidad concluye que, básicamente, es inconstitucional una norma en materia sancionatoria que deje a determinación de la autoridad el *quantum* de la multa o el tipo de multa. *Grosso modo* el TC construye desde la proporcionalidad un refuerzo del principio de tipicidad, de esta forma, dada la excepcionalidad de la sanción se reivindica la necesidad de que el procedimiento de imposición de la sanción se encuentre normado *en* el cuerpo legal. Esta sentencia ha causado un gran revuelo en materia sancionatoria, llevando a que una parte de la doctrina autorizada incluso llegue a cuestionar el estándar de Alexy¹⁰⁴.

Nos centraremos en las críticas que ha recibido este razonamiento de autores como Gómez y Soto Delgado:

La profesora Gómez señala que la sentencia exige un parámetro legal de objetividad -criterios de determinación del quantum- que permita controlar la decisión administrativa¹⁰⁵. Luego realiza la siguiente crítica:

¹⁰¹ Fundamentalmente porque es difícil decir que se “configuró” un hecho infraccional si no existía una norma infringida *in actum*.

¹⁰² FUENTES, J., Op cit.

¹⁰³ LETELIER, R., 2018b, op cit p. 224.

¹⁰⁴ LETELIER 2018a, op cit, pp. 939-941.

¹⁰⁵ GÓMEZ, R. 2018. Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa - la necesidad de estándares legales al establecer una Sanción Administrativa. Revista Chilena de Derecho.2(45): 531-544. P. 534

En primer lugar releva que la discrecionalidad administrativa no se identifica necesariamente con la arbitrariedad, así “la existencia de discrecionalidad en este ámbito no constituye *per se* una ‘potestad arbitraria’, como lo indica el Tribunal, por el contrario, la configuración discrecional del poder represivo permite que la autoridad pueda ‘ajustar’ el ejercicio de ese poder a las particulares circunstancias que rodean la situación fáctica a resolver”¹⁰⁶. De esta forma al ser válida la discrecionalidad administrativa, se contraviene la posición del TC al señalar que la operatividad -en función de su alto contenido técnico- de DAS descansa en estos espacios de discrecionalidad¹⁰⁷.

El profesor Soto Delgado parte de la caracterización del DAS como un derecho teleológicamente orientado al *enforcement*.¹⁰⁸ Realiza distintas críticas al fallo. La primera no será más que enunciada por exceder el ámbito de este trabajo y dice relación con la incompetencia del TC para impugnar, vía inaplicabilidad, actos administrativos, al no ser esto posible el TC estaría desde un principio actuando de forma irregular.¹⁰⁹ Luego crítica un cambio doctrinal en el TC, pues observa que se pasa de la tesis del *ius puniendi* matizado (teoría cuantitativa) a una identificación entre lo penal y administrativo sancionatorio (teoría de la identidad ontológica), llegando a sostener el profesor Soto que de hecho comparando las sentencias del TC en materia penal con la sentencia en comento el tribunal estaría siendo más garantista respecto del DAS que del Derecho penal¹¹⁰.

Finalmente hace un juicio desde el principio de proporcionalidad en Alexy, desde distintos significados atribuidos al concepto, -y esta es la parte más relevante para este trabajo- En un primer momento caracteriza que el principio de proporcionalidad como mandato de maximización respecto de cada uno de los principios e intereses *ponderados* tiene tanto una prohibición de exceso como una correlativa de defecto.¹¹¹ Llegando a afirmar que el principio acepta “que los intereses privados pueden perfectamente estar subordinados al interés público, y el principio de proporcionalidad corrige [sólo] los casos en que la interferencia es inidónea o innecesaria respecto a los fines”¹¹²¹¹³. De esta forma la sentencia, al hablar de desproporcionalidad, debería haber seguido algunos de los siguientes razonamientos “(a) que no existe un fin legítimo o que la sanción no se adecúa a este fin (idoneidad); (b) que, existiendo otras medidas igualmente

¹⁰⁶ Ibid. p. 536

¹⁰⁷ Ibid. pp. 537-541.

¹⁰⁸ SOTO, P. 2017. Sanciones administrativas, principios de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso en multas en el Caso Cascada. Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales 287-331. p. 291-294.

¹⁰⁹ Ibid. pp. 298-306; 319-322.

¹¹⁰ Ibid. pp. 316-319.

¹¹¹ Ibid. pp. 294-298.

¹¹² Ibid. p. 297.

¹¹³ En un sentido semejante Aracena señala que la tesis del *ius puniendi* unitario termina “por privilegiar el interés privado por sobre el público” En ARACENA, P. op cit. p. 97.

idóneas, pero más benignas para satisfacer el fin, el legislador no optó por la más benigna; y (c) que la sanción es un costo para el infractor y para la sociedad que no compensa sus beneficios”¹¹⁴.

Así, el TC falla refiriéndose *grasso modo* a un problema en la ponderación de distintos bienes jurídicos que no terminaría de motivar -no presentando un juicio ponderativo- en la sentencia, afectándose en la *misma* el principio de proporcionalidad, debido a que no ofrece una ponderación explícita de cuáles son los valores que está ponderando, ni en qué medida estos se aplican al caso concreto, de forma que solo se expresaría una cierta reticencia del tribunal a la regulación e intervención estatal¹¹⁵.

Preliminarmente se está de acuerdo con lo planteado por ambos académicos, de forma que, para efectos de este trabajo, el enfoque propuesto parece conforme con el principio de proporcionalidad como mandato de maximización en la medida que es fruto de un determinado modo de ponderar distintos bienes jurídicos protegidos colectivos (esto quedará más claro en el capítulo 3 cuando se revise el procedimiento administrativo sancionatorio). Analizaremos alguna jurisprudencia a efectos de observar cómo se expresa la proporcionalidad en materia ambiental.

El Segundo Tribunal Ambiental ha entendido en Fuenzalida Moure con SMA Sentencia R-196-2019 que no es necesario que el modo de determinación del *quantum* esté establecido en la ley, y que no existe una tarifación de sanciones en materia ambiental, no obstante de ser obligatorias las bases metodológicas de la SMA para cumplir el estándar de motivación(C. 17-35).

El Primer Tribunal Ambiental en el caso Pascua Lama Sentencia R-5-2018 ha interpretado el principio de proporcionalidad de una forma más comprehensiva que el Tribunal Constitucional, así la proporcionalidad debe mirarse como “la equidad entre el hecho infraccional y el castigo [o más propiamente sanción]” (C. 262) así las cosas, los bienes a ponderar en el procedimiento sancionatorio ambiental son la tutela de determinados bienes colectivos en primer lugar, estando protegido el interés del particular sólo en segundo, así según ese Ilustre Tribunal “no cabe duda que la protección del medio ambiente y la salud de las personas constituyen el interés superior de toda la normativa ambiental. Por lo tanto, debe primar este análisis por sobre el rol disuasivo de las sanciones ambientales” (C. 267)

De esta forma, si bien se reconoce que se debe buscar aplicar la sanción menos lesiva para el particular, es la sanción menos lesiva orientada a detener o minimizar los efectos adversos derivados del incumplimiento, estando el foco en primer lugar en la tutela de los intereses superiores del OJ ambiental (C.268-271).

Así la proporcionalidad en materia sancionadora-ambiental parece estar, por un lado, más relacionada con la motivación del acto sancionatorio que con una tipicidad reforzada, y por otro exige una ponderación de

¹¹⁴ Ibid. p. 325.

¹¹⁵ Ibid. pp. 324-329.

bienes jurídicos que dista de una metodología orientada a la protección de la libertad personal, siendo una idea matriz la protección un bien de interés colectivo de perturbaciones causadas por actos atentatorios de la normativa ambiental.

De esta forma podemos decir que por un lado y axiológicamente la proporcionalidad-tipicidad propuesta por el TC desde un paradigma penal no tiene aplicación en DAS ambiental, en función de la naturaleza y fines propios del Derecho Ambiental, desde la presencia de bienes jurídicos diversos a la necesidad de regulación infralegal y discrecional, y por otro lado, desde una perspectiva operativa los Tribunales Ambientales no parecen estar aplicando la tesis del TC.

Subcapítulo 4. Palabras finales sobre la no aplicación de las garantías penales y necesidad de un cambio de paradigma.

Para terminar este capítulo haré una recapitulación sobre que se ha dicho en general y desde una perspectiva más externa -en cuanto aplicación- de esta independencia para luego ofrecer unas palabras de cierre.

Como corolario de todo lo antes dicho resulta evidente que existe una tensión entre la aplicación de las garantías penales al Administrativo Sancionador en general, y ambiental en particular.

Algo se siente *poco natural* en el ejercicio hermenéutico basado en el ius puniendi unitario, *incomodidad intelectual*, en palabras de Rojas¹¹⁶, existirían *grietas* en el paradigma dominante según Salinas¹¹⁷, esta incomodidad ha generado un creciente movimiento de resistencia doctrinal a las tesis que aplican garantías penales al DAS.

En palabras de Osorio Vargas se constata un giro hacia la autonomía de la disciplina. -pese a que el autor aboga en su manual por la aplicación *matizada* de las garantías penales-¹¹⁸

Esta resistencia ha tendido, por un lado, a aplicar nominalmente los principios penales, pero con estándares propiamente administrativos¹¹⁹ o a la no aplicación de los principios penales como podemos constatar en la jurisprudencia más reciente del Tercer Tribunal Ambiental.

Considero que la tensión es originada por el intento de aplicar un régimen común a regímenes jurídicos de naturaleza diversa, en definitiva, la sanción ambiental parece no ser identificable con la pena, por lo cual no se justifica un régimen común entre ellas.

Se recata a este respecto el uso de la terminología *kubniana* de los autores Gómez y Van Weezel, en la medida que el cambio de paradigma que estamos experimentando parece haber sido antecedido por una

¹¹⁶ ROJAS, C. op cit. 276-277.

¹¹⁷ SALINAS, C. op cit.

¹¹⁸ OSORIO, C. 2017., op cit.

¹¹⁹ LETELIER, R., 2017, op cit.

*anomalía explicativa*¹²⁰ al no poder explicar el paradigma penal el fenómeno administrativo sancionatorio, de esta forma o bien la *función* ha creado -la necesidad explicativa de- una nueva naturaleza jurídica, o la función era una expresión de una naturaleza diferenciada que siempre estuvo ahí, o en otras palabras la teoría se sitúa ante una *crisis*¹²¹ que exige nuevas formas de comprensión del fenómeno.

CAPITULO II. El DAS ambiental como libertad positiva y su autonomía frente al concepto de libertad negativa del derecho penal

Habiendo demostrado que la diferenciación del DAS ambiental del Derecho penal es necesaria, se propondrá la autonomía conceptual de la disciplina, para ello se seguirá la terminología de Berlin en sus *dos conceptos de libertad*, en que el primero (DAS ambiental) es un derecho que tiene en su centro una libertad positiva y el segundo (derecho penal) uno que tiene de base una libertad negativa, cuestión que tendría como consecuencia una diferencia sustancial entre uno y otro derecho, permitiendo la autonomía del primero respecto del segundo, a estos respectos seguiremos con algunos matices a autores como Cordero y Aldunate, García, Aracena y Letelier. En atención a lo anterior se analizará la libertad económica en materia ambiental cómo una libertad positiva-administrativo sancionadora ambiental, que solo se configura en nuestro ordenamiento como conforme al Ordenamiento Jurídico Ambiental en su conjunto, cuestión que se demostrará es perfectamente compatible con concepciones democráticas y modernas de justificación del Derecho, esta diferencia en el *objeto* de la sanción ambiental respecto de la pena tenderá a intentar justificar en último término una diferencia cualitativa entre ambas.

Subcapítulo 1. Conceptualización previa.

En este subcapítulo se enunciarán los *dos conceptos de libertad* de Isaiah Berlin. Esto será relevante pues sirve tanto para identificar el *estado del arte* en materia administrativo sancionatoria como para comprender el concepto de *libertad positiva* que pretendo usar para justificar la independencia del DAS ambiental.

Isaiah Berlin distinguió hace años en su célebre “dos conceptos de libertad” entre una libertad negativa y una libertad positiva:

La libertad negativa, que se identifica con la noción de libertad general planteada por Cordero y Aldunate, caracteriza a la libertad como la no coacción, como la ausencia de regulación sobre la actividad humana, que no tiene de suyo una carga valorativa positiva al poder dar cabida a grandes desigualdades. Con todo

¹²⁰ KUHN, T. . 2004. Las anomalías y el surgimiento de los descubrimientos científicos. En: La Estructura de las revoluciones científicas. México: Fondo de Cultura Económica. .pp. 102-123.

¹²¹ KUHN, T. . 2004. La respuesta a la crisis. En: La Estructura de las revoluciones científicas. México: Fondo de Cultura Económica. .pp. 141- 163

para el autor el énfasis del autor respecto de este concepto (pues Berlin era un liberal) decía relación con que una renuncia a la libertad para obtener una prestación social no deja de ser eso, una renuncia a la libertad y no un modo de ejercerla.¹²²

La libertad positiva en cambio se identifica primeramente como un “no ser esclavo de nadie”¹²³, luego dogmáticamente se construye un “yo-verdadero” de carácter colectivo, haciendo un parafraseo, esta libertad importa un *modo determinado y positivo* de ejercerse lo cual lleva a la paradoja que el autor denuncia en la cual podemos estar coaccionando a un individuo para conducirlo a una verdadera libertad, determinada colectivamente por otros sujetos.¹²⁴

Pese a la crítica de Berlin, considero que en materia de regulación económica y ambiental al menos una noción de libertad positiva es un requisito de existencia de esta actividad, en esto estamos con Kervegan en la medida que “la mano invisible- tan sólo tiene validez bajo la condición de que otro principio allane, mediante medidas limitativas, los obstáculos que se crea a sí mismo. La necesidad empírica de la política social atestigua que la sociedad civil es, en su principio mismo contradictoria.”¹²⁵

En definitiva, durante este trabajo la libertad negativa será una forma de conceptualizar la libertad como un ámbito de autonomía desregulada cuya afectación implica la extinción de determinadas esferas de libertad, y la libertad positiva como un modo unívoco de ejercicio de la actividad conforme a una valoración intersubjetiva, normativa en nuestro caso.

Subcapítulo 2: Sanciones administrativas y libertad positiva.

Se planteará que una diferencia general del DAS respecto del derecho penal es que el primero se construye con base a un sistema de libertad positiva y el segundo con base a un sistema de libertad negativa¹²⁶. La importancia de esta diferencia radicará en que al justificarse la sanción penal como una renuncia especial de una esfera de libertad general esta aparecerá como un régimen de excepción a un ámbito general de libertad. En cambio, al requerir la actividad susceptible de afectar al medio ambiente una sujeción permanente al Ordenamiento Jurídico¹²⁷ el ámbito de libertad no es otro que el que de cumplimiento al Ordenamiento Jurídico, siendo la realización de la actividad una excepción ante un régimen de prohibición general, por lo cual la sanción no aparece como una renuncia de una esfera de libertad-natural, sino que como un juicio

¹²² BERLIN, I Op. Cit. p.

¹²³ BERLIN, I Op. Cit. p.

¹²⁴ BERLIN, I Op. Cit. p.

¹²⁵ KERVEGAN, J., Op cit p. 233.

¹²⁶ Véase BERLIN, I. op cit.

¹²⁷ Cuestión que veremos en detalle en el capítulo 3 en cuanto esta forma de sujeción especial es mediante un título autorizatorio, a saber la RCA véase Doris Sepúlveda; Marcelo Mardones y Nicolás Osorio. Véase, SEPÚLVEDA, D. 2019. La modificación de la normativa ambiental aplicable a un proyecto que cuenta con una resolución de calificación ambiental. [en línea] Revista de Derecho Aplicado LLMUC3 jul. 31 2019 (3) <<http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/1121>> [consulta: 16 octubre 2020]. MARDONES, M. y CANNONI, N. 2016. Caducidad de la resolución de calificación ambiental y reglamento del SEIA. Revista Chilena de Derecho 43(2):575-602

de adecuación a una legalidad-juridicidad estricta que permite la actividad (libertad económica) siempre que se encuentre dentro de los márgenes que fundamentan su existencia.¹²⁸

Lo anterior será abordado desde el análisis del concepto de “Libertad general” del texto “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración” de Cordero y Aldunate desde el cual se pretenderá desprender un concepto positivo de libertad, para esto se referirá fundamentalmente de autores cualitativos y responsivos, finalmente procederé a abordar el cómo se ha caracterizado la libertad de industria como *libertad positiva* en nuestra doctrina, esto para brindar una justificación de la diferencia entre los objetos del DAS y el Derecho Penal.

1. *La potestad administrativo sancionadora como libertad positiva.*

En este epígrafe se relacionará el concepto de Libertad general planteado por Cordero y Aldunate en el texto “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración” con la concepción de Libertad positiva para justificar una diferencia entre los objetos protegidos por la libertad del derecho penal y la libertad económica en asuntos ambientales.

Como se ha venido adelantando esta diferencia tiene como referente principal una idea planteada por Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate en su texto “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”. Señalan los autores que una diferencia esencial para derrotar la idea de una identidad ontológica es su relación con la “Libertad general”, así:

El Derecho Penal tiene por objeto “prevenir o castigar (dependiendo del enfoque) ciertas conductas específicas, en el ámbito de lo que se conoce como libertad general”¹²⁹, así la prohibición se referiría a un ámbito específico que queda vedado del ámbito de libertad general, pudiendo hacer los particulares todo lo que no esté prohibido¹³⁰, de esta forma “[s]e definen algunas, muy precisamente (y de aquí la exigencia de tipicidad de la ley penal); el reproche para la incursión en ellas es, a su vez, la pérdida de libertad como posibilidad no limitada de conducta”¹³¹.

El Derecho Administrativo Sancionador aparece en “ámbitos en que el Estado ha decidido entrar al ámbito de la libertad general”¹³², la Sanción Administrativa se transforma en “la consecuencia jurídica por un actuar que puede calificarse, en estricto rigor, como jurídico o antijurídico, porque infringe un deber susceptible

¹²⁸ Véase. CORDERO, E. y ALDUNATE, E. 2012. Las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (39):337-361.; KERVÉGAN, J. 2007. La mediación política en la sociedad civil: justicia y policía. En: Hegel, Carl Schmitt. Lo político: entre especulación y positividad. Madrid, Escolar y Mayo. pp. 229-234; BERLIN, I. 1969. Two concepts of Liberty [en línea] Oxford, Inglaterra https://cactus.dixie.edu/green/B_Readings/I_Berlin%20Two%20Concepts%20of%20Liberty.pdf [consulta : 15 octubre 2020]; Jean François Kervégan «La mediación política en la sociedad civil: justicia y policía»; Isaiah Berlin «Dos conceptos de libertad»

¹²⁹ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p.357

¹³⁰ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p.357.

¹³¹ Ídem.

¹³² CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p.357.

de ser entendido como parte del ordenamiento jurídico vigente¹³³, la fuente de la sanción se encontraría en una relación estatutaria¹³⁴.

En un sentido semejante la profesora Jessica Fuentes ha llegado a caracterizar al DAS ambiental, en la misma línea de los autores recién enunciados, de esta forma “ [las penas] requiere[n] de una definición absolutamente precisa y acerca de cada uno de los elementos que componen dicha conducta. En cambio, en sede administrativa, las sanciones operan en otro ámbito y de modo distinto, ya que lo que se persigue es imponer a los individuos ciertos deberes de actuación (podría decirse, que a diferencia de la sanción penal que busca una ‘no actuación’)y, por ende, se entra a aspectos regulares de la libertad del individuo. En otras palabras, en sede penal se elimina una posibilidad de las alternativas posibles de ejercicio de la libertad, en cambio, en sede administrativa se regula una determinada conducta dirigiéndola hacia el objetivo deseado.”¹³⁵, añadiendo luego que en materia ambiental “ [a] partir del texto constitucional en su artículo 19 N° 8 se habilita al legislador a establecer restricciones específicas al ejercicio de determinadas libertades y derechos en posición de protección del medio ambiente.”¹³⁶

Claramente no es posible sino compartir la lectura de la profesora Fuentes a este respecto siendo el aporte de este trabajo una variación o profundización del rol que juega esta diferencia -y la relación de sujeción especial- en el ámbito sancionatorio ambiental, como explicaremos en lo sucesivo.

Las consecuencias de esta diferencia tiene como resultado explicar la aplicación matizada de las garantías penales de la Constitución, en especial aparecería un matiz importante al principio de tipicidad¹³⁷.

Procederé a matizar algunos planteamientos de los autores, a objeto de proponer la autonomía del sancionatorio ambiental.

Para comenzar es importante remarcar lo planteado por tanto el profesor Aracena como el profesor Londoño según los cuales, la *construcción normativa* en uno y otro caso serían distintas, para el primero la pena se basaría en el quebrantamiento de una norma de conducta específica, en cambio el DAS (en base a relaciones de sujeción especial) por la infracción de deberes -con un mayor grado de indeterminación-¹³⁸, para el segundo el Derecho Penal contiene *rules* y el DAS *standars*¹³⁹-como se ha analizado a propósito de la

¹³³ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p.357.

¹³⁴ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p. 358.

¹³⁵ FUENTES, J., 2014. La igualdad ante la ley y el ejercicio de las potestades sancionadoras de la Superintendencia de Medio Ambiente. [en línea] Sanciones Administrativas. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2015%2F41712396%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=e5452c42e2b062bd7e5517daad6aff58&eat=5756D5F0-CF01-EEE1-EEA4-A434E6806AD6&pg=42&ppl=&nvgS=false> > [consulta: 15 octubre 2020]

¹³⁶ FUENTES, J., Op cit.

¹³⁷ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p. 358

¹³⁸ ARACENA, P. op cit p. 125.

¹³⁹ LONDOÑO, F. , op cit. p. 151.

no aplicación del principio de tipicidad-. Procederé a tender un puente entre la propuesta de Cordero y Aldunate y Fuentes, hacia lo planteado por Aracena y Londoño, especificando la forma en que la construcción normativa sería distinta en materia de DAS ambiental.

En primer lugar, tanto Cordero y Aldunate como Fuentes estos llegan a afirmar respecto de la “libertad general” en el ámbito penal que somos “libres para cometer un delito”¹⁴⁰¹⁴¹ para a continuación afirmar que “El delito no es una infracción jurídica a una norma de ‘buen comportamiento’ preexistente; a lo más, el reproche puede hacerse desde una perspectiva moral”¹⁴²:

Ante esto se dirá con Mañalich que el delito si es una infracción a una norma (primaria) de comportamiento que se encuentra contenida implícitamente en el tipo penal, pues el sistema penal se compone “de un entramado de reglas primarias de obligación reforzadas por reglas secundarias de adjudicación”¹⁴³.

Esta relación es dogmáticamente relevante en el Derecho Penal, pues es desde la infracción a la norma (primaria) de conducta que se justifica la pena como retribución.

Se pena porque se ha perpetrado un crimen¹⁴⁴ reafirmando la pena el aseguramiento de la autoridad (o el Derecho) que es a su vez un reproche al sujeto-delincuente.¹⁴⁵ Esta distinción es relevante toda vez que arroja luces sobre el alcance de la distinción enunciada por los autores. Así las cosas, si se consideran los tipos penales como normas de adjudicación con normas de conducta implícitas entonces la cuestión sobre la *tipicidad* y sobre la libertad aparece de manifiesto en la *forma* de ambas sanciones.

Así en la parte en que estos refieren en materia penal el legislador debe “aislar por medio de una precisa descripción las conductas que se trata de sancionar penalmente”¹⁴⁶ y en materia administrativa “es perfectamente posible concebir técnicas de sanción que reposen, a lo menos parcialmente, en la existencia de deberes [genéricos] de conducta que los individuos debían seguir”¹⁴⁷. Se plantea que esta distinción

¹⁴⁰ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p. 357.

¹⁴¹ Esto también es problematizado por el profesor Londoño en términos similares a los de Mañalich -que veremos mas adelante, a saber, dice que la teoría de los precios en materia penal -y no administrativa- yerra al estar ante bienes no conmensurables, en otras palabras, ni se puede decir que la pena del homicidio sea adecuada -en términos económico preventivos- sino que sanciona fundamentalmente para reprochar, cuestión que no sucede en materia administrativo-sancionatoria por la función de *enforcement*. En LONDOÑO, F., 2014, Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio. Revista de Derecho (27): 147-167; pp.156-158

¹⁴² CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p.357.

¹⁴³ MAÑALICH, J. 2012. Reglas primarias de obligación Las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho de H.L.A. Hart. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (11):571-585.

¹⁴⁴ MAÑALICH, J. 2015. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling. Indret (4):1-32.

¹⁴⁵ MAÑALICH, J. 2015 Op. cit p. 19-20

¹⁴⁶ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p.358

¹⁴⁷ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. Op. Cit. p.358.

puesta en clave de normas primarias y secundarias (en la terminología de Hart) puede explicarse en materia Administrativo-sancionatoria de la siguiente manera¹⁴⁸:

En el Derecho penal existe la exigencia de que la norma de conducta ¹⁴⁹ a cumplir se encuentre exhaustivamente delimitada, en materia ambiental, si analizamos la competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente, de forma ilustrativa, podemos verificar que tiene la competencia de fiscalizar la totalidad de los instrumentos de gestión ambiental y normas de contenido ambiental¹⁵⁰, por lo tanto, y pese a que en algunos casos falte la norma que le entregue la facultad de sancionar, resulta evidente que la norma primaria de conducta se identifica con la Institucionalidad Ambiental como un todo¹⁵¹¹⁵²¹⁵³.

Ahora si analizamos las normas sobre infracciones sancionables de la LOSMA se verá reafirmado que la norma de conducta ante cuya inobservancia se establece una norma secundaria de adjudicación es el cumplimiento de la propia Institucionalidad Ambiental. Así aborda al menos todos los instrumentos del SEIA, las cuestiones relativas a normas de calidad emisión y sus planes, además de tener una pretensión general en el Artículo 35, letra n.

Esto en mi opinión claramente es un argumento a favor de la tesis (cualitativa) del profesor Percy García según la cual la pena “se dirige al condenado como ser racional para negar comunicativamente el sentido social de su actuación delictiva [como inobservancia de una norma primaria de conducta]”¹⁵⁴, mientras que la sanción ambiental busca la “Conmina[ción] a actuar correctamente en el sector administrativamente regulado”¹⁵⁵ de esta forma “lo que la sanción procura es generar las condiciones empíricas para que el sector

¹⁴⁸ En un sentido semejante -y también desde Hart- el profesor Londoño señala que en materia Administrativo sancionadora estamos mas bien ante standars (el contenido es determinado ex post la creación normativa por el regulador) que ante *rules* (el contenido normativo ha sido creado ex ante por el legislador) LONDOÑO, F. 2014, op cit. p. 151.

¹⁴⁹ La distinción entre norma de conducta y de adjudicación en materia administrativo-sancionadora fue usada por Letelier en su texto del 2018 llamado “Principios o funciones en las sanciones administrativas” puede verse con claridad en las p. 57-58 pero su referencia es desde el paradigma kelseniano y no hartiano como el que estamos proponiendo. La diferencia a grandes rasgos es que (a riesgo de sonar vulgarizado) el paradigma kelseniano hace que la sanción sea propia de la norma, una especie de contracara, una norma jurídica es en la medida que es ejecutable, el paradigma hartiano distingue entre distintos tipos de norma, siendo perfectamente posible una norma jurídica de comportamiento que no tenga aparejada directamente una sanción. Por otro lado, y ahora a un nivel mas valorativo que sistemático, en cuanto a interpretación normativa prefiero validar la de Hart (para luego validar la de Dworkin como evolución) que la de Kelsen. Véase. LETELIER, R. 2018A. Principios o funciones en las sanciones administrativas. En: Poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción. XIX Jornadas Derecho Administrativo Ed. por Alberto Montaña y Jorge Rincón. Bogotá: Editorial de la Universidad del Externado:920- 950

¹⁵⁰ Esta afirmación se sostiene en la interpretación que la CGR ha hecho del Artículo 3 de la LOSMA en el Dictamen 027035N19

¹⁵¹ En un sentido semejante véase Alex Van Weezel En el texto llega a señalar , en la página 1013, que mientras el Derecho Penal se identifica con la excepcionalidad la sanción administrativa “se extiende a toda la regulación sectorial”. Véase VAN WEEZEL, A. 2016. Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. Revista Política Criminal (24):997-1043.

¹⁵² Al decir esto, no nos referimos a que la facultad inspectiva sea la norma primaria, sino que esta se refiere que la exigencia respecto de los particulares es el respeto de la norma primaria de comportamiento, por lo que se habilitan amplias facultades a la Superintendencia para que, al menos, verifique su funcionamiento y en los casos en los que esté habilitada legalmente, constriña a los particulares al cumplimiento. La falta de sanciones administrativas para determinadas infracciones normativas en materia ambiental por otro lado parece evidente que no dicen relación con una no-juridificación que busque

¹⁵³ A mayor abundamiento es dable recordar el dictamen 027035N19 que dispone “En consecuencia, la Superintendencia del Medio Ambiente ejerce sus facultades de fiscalización y sanción respecto de actividades o proyectos no solo en la medida que habiéndose sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, hayan obtenido y cuenten con una Resolución de Calificación Ambiental favorable, sino que también abarca, en general, y en lo que interesa, el cumplimiento de los instrumentos y normas de carácter ambiental respecto de los que la ley le ha otorgado expresamente competencia, y de los demás instrumentos o normas de carácter ambiental que no estén bajo el control y fiscalización de otros órganos del Estado” (El resaltado es propio)

¹⁵⁴ GARCÍA, P. 2016. El principio del ne bis in idem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. Revista Política Criminal 11(21):21-33; p.28.

¹⁵⁵ GARCÍA , P., Op cit p.28.

social regulado no colapse[se identifica la norma primaria a cumplir con el Sistema del Sector regulado]”¹⁵⁶. Así esta estructura normativa tendría como uno de sus fundamentos la distinción según la cual el derecho penal persigue (al menos como uno de sus fines) la retribución y el DAS el *enforcement*.

En doctrina comparada se ha planteado que no se puede decir que la sanción *afecte* un derecho, pues “no hay limitación jurídica allí donde hay conducta contraria a Derecho.”¹⁵⁷

¿Qué tiene que ver todo lo que se ha afirmado con la Constitución? Podrá cuestionarme una lectora atenta, considerando que es finalmente la Constitución el instrumento que debe analizarse para poder discutir sobre la aplicación de determinadas garantías al régimen sancionatorio de un sector. Ante esta pregunta respondo que es justamente esta distinción la que nos permite ilustrar que estamos ante sectores distintos que se desprenden de garantías constitucionales diferenciadas.

2. *La libertad de industria como libertad positiva frente a la sanción ambiental, discusión.*

Mas allá de la cuestión sobre la enajenación que subyace a la discusión que propone Berlin, que bien podría ser objeto de una tesis completa, se tomará la premisa hegeliana de Kervegan¹⁵⁸, pues parece más o menos evidente que en materia ambiental el objeto tutelado solo logra su protección si es que las personas-humanas orientamos nuestro comportamiento de una forma delimitada (en la forma del respeto a la institucionalidad ambiental) y que su incumplimiento conlleva teóricamente a la destrucción de la propia actividad económica¹⁵⁹ entre otros bienes jurídicos colectivos, en un sentido semejante se ha referido a la libertad económica el profesor Alvear, que analizaremos en un par de párrafos. De esta forma el modo de actuar desregulado si puede ser considerado como *una falsa consciencia sobre la libertad* o en términos menos abstractos como *una libertad que no está jurídicamente protegida* o lo que es lo mismo como *una libertad que no existe en el ordenamiento jurídico* si no es ejercido conforme a la normativa vigente. Este es el enfoque de libertad positiva en la actividad económica ambiental que trataré de justificar en los siguientes párrafos.

Como se ha señalado precedentemente “la libertad general” garantizada a propósito de las libertades penales tiene el modo explicativo de la libertad negativa, siendo el delito y la sanción renuncias/restricciones a un ámbito de autonomía diseñado para no ser tocado sino es como *ultima ratio*, en un ámbito parecido podemos estar en materia de propiedad comprendida como la facultad de gozar, disponer y usar sin restricciones un

¹⁵⁶ GARCÍA, P., Op cit p.28.

¹⁵⁷ PARADA, R. Derecho Administrativo, tomo I citado desde VELÁSQUEZ, C. Ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en España y Colombia para la protección del Medio Ambiente y los recursos naturales. Revista de Derecho, Universidad del Norte 22 (1) : 1-64. P.6.

¹⁵⁸ A riesgo de espantar a mas de un lector al proponer tan iliberal espectáculo referenciando a un libro que contrapone a autores como Hegel y Schmitt a efectos de fortalecer la regulación pública, y con ello aumentar la potestad de policía de la SMA. Con todo en la parte final de este subcapítulo se ofrecerá una perspectiva liberal de justificación del enfoque propuesto.

¹⁵⁹ En este sentido véase el comentario de jurisprudencia de la profesora Pilar Moraga, en especial en lo relativo al título “En relación al enfoque ecocéntrico, el principio de solidaridad y las generaciones futuras, así como al concepto de orden público ecológico” MORAGA, P. 2018. Comentario Sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá de 9 de agosto de 2018, sobre Páramo de Pisba. [en línea] <<https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-iberoamerica-colombia-mineria-derechos-fundamentales-participacion-ciudadana/>> [consulta: 16 octubre 2020].

bien, en la medida que una restricción socialmente determinada sobre esa libertad es una merma en un ámbito de autonomía (sobre un bien)¹⁶⁰ sobre el cual existe un derecho real o garantía que no debe ser restringido sin compensación. En definitiva, en ambos casos al particular, por una decisión colectiva se le está quitando algo que tiene la característica de estar protegido como derecho fundamental.

Sostengo que de la lectura del artículo 19 N 21, inciso primero, de la Constitución se desprende un concepto de libertad positivo en la medida que dispone que “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”

Con respecto al contenido de esta garantía se está con Alvear Tellez en la medida a que la disposición constitucional es ordenativa¹⁶¹, es decir la exigencia de adecuación a las leyes integra a la norma constitucional la garantía “de las condiciones autárquicas de desenvolvimiento del derecho [a la libertad económica]”¹⁶²¹⁶³.

La noción propuesta por Alvear se caracteriza como “comprehensiva” en la medida que relaciona (orienta) al derecho subjetivo con el bien común¹⁶⁴, y tiene un carácter positivo, en contraposición a un carácter negativo como pura desregulación¹⁶⁵ en la medida que es una libertad sujeta a estándares¹⁶⁶, así la regulación económica más que una limitación sería un elemento necesario para el despliegue de la libertad¹⁶⁷, para el autor “la libertad económica exige un marco normativo (establecido primordialmente por el legislador) que regule la actividad que es objeto de ella. La regulación debe adecuarse a la naturaleza específica de la actividad económica y a los vínculos que le unen con el interés general.”¹⁶⁸

¹⁶⁰ Pese que para Zuñiga y la jurisprudencia reciente del tercer tribunal ambiental la afectación de un bien jurídico distinto de la libertad negativa del 19 N°3 haría aplicable el Artículo 19 N° 26 de la Constitución. Véase. ZUÑIGA, F. y OSOSRIO, C. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. Revista de Estudios Constitucionales 14(2):461-478. p. 477. 63. OLIVARES, A. 2016. Los principios ambientales en la actividad del Tribunal Constitucional. Revista Estudios Constitucionales 14(2):435-460. Pp. 455-456.

¹⁶¹ ALVEAR, J. 2015. Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica un paradigma a desarrollar. Revista de Estudios Constitucionales 13(1):321-372. p. 345.

¹⁶² ALVEAR, J. , Op cit, p. 347.

¹⁶³ Para ver la forma en que este autor constata que el TC ha recepcionado (en un tiempo pasado y con otra composición) la doctrina propuesta por este autor Véase ALVEAR, J. , Op cit, pp. 352-359 del texto.

¹⁶⁴ ALVEAR, J. , Op cit, p. 359

¹⁶⁵ Que por cierto es también claramente tributaria de Berlin.

¹⁶⁶ ALVEAR, J. , Op Cit, p. 359.

¹⁶⁷ Idem p. 325.

¹⁶⁸ Idem p. 345.

En similar sentido y en plena dictadura conceptualizaba la garantía don Fernando Dougnac¹⁶⁹, la profesora Gladys Camacho también ha referido a que la potestad sancionatoria (como Estado Garante) es necesaria para desarrollar libremente la actividad económica, al mismo tiempo que el Estado neutraliza riesgos.¹⁷⁰

En materia ambiental, el profesor Olivares ha sostenido sobre el Artículo 19 N° 21 que, respeto a las normas legales que regulen el sector, es decir, la forma univoca de realización de la libertad debe comprender integrada las normas ambientales.¹⁷¹

Los profesores Osorio y Peroti por su parte han sostenido que “En ese sentido, la libertad ejercida en contravención con las disposiciones limitantes pierde el amparo constitucional”¹⁷², para luego señalar que “Ahora bien, dicha regulación —sea de orden legal o reglamentaria, en el ejercicio de la potestad administrativa de aplicación de normas—no puede llegar a obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Lo anteriormente señalado, implica que la autoridad pública al regular una actividad debe evaluar y ponderar los intereses en juego.”

¹⁷³ De esta forma los autores reconocen que la libertad existe en función de la adecuación a la regulación y que el tipo de regulación corresponde al legislador y la administración no estando fijado ex ante el tipo de regulación a emplear -pero existiendo desde luego estándares de proporcionalidad, razonabilidad y fundamentación-, y lo que es lo mismo, no existe proscripción absoluta de la intervención estatal, existiendo amplios márgenes que el legislador o la administración puede establecer y la libertad económica solo existe en el marco normativo que la sustenta.

También el profesor Bordalí ha problematizado tempranamente la noción de la libertad económica como regulación llegando a afirmar que “En este sentido entonces, nuestro texto constitucional estructura el proceso de desarrollo económico poniendo como pilar y centro del mismo a la autonomía del sujeto, siempre y cuando el ejercicio de esa autonomía individual no dañe a un bien considerado de valor superior, que sustenta y hace posible esa autonomía, como lo es el medio ambiente. Por lo tanto, esa autonomía deberá ser limitada, toda vez que entre en conflicto con el bien ambiental.”¹⁷⁴

¹⁶⁹ DOUGNAC, F. 1986. La garantía constitucional del N° 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que configuran el “orden público económico”. [en línea] Gaceta Jurídica, Año XI, 1986, Número 68 <[https://westlawchile-cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001737846aee6a74e1bfe&docguid=i9BE9B7A2682BB12F6E66ED128190C5D0&hitguid=i9BE9B7A2682BB12F6E66ED128190C5D0&tocguid=&spos=8&epos=8&td=8&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1ACD7B5&searchFrom=&savedSearch=false&context=10&crumb-action=append&fromSH=true](https://westlawchile.cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001737846aee6a74e1bfe&docguid=i9BE9B7A2682BB12F6E66ED128190C5D0&hitguid=i9BE9B7A2682BB12F6E66ED128190C5D0&tocguid=&spos=8&epos=8&td=8&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1ACD7B5&searchFrom=&savedSearch=false&context=10&crumb-action=append&fromSH=true)> [consulta : 15 octubre 2020].

¹⁷⁰ CAMACHO, op cit. 2006 p. 11

¹⁷¹ OLIVARES, A. 2016. Los principios Ambientales en la actividad del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Constitucionales (14) 2: 435-460. p. 456

¹⁷² OSORIO, C. y PEROTTI, F. 2018. Notas sobre los Planes y la actividad administrativa de planificación: el caso del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica. Revista Justicia Ambiental(9): 181-215 p. 191

¹⁷³ Idem p. 191.

¹⁷⁴ BORDALI, A. 1998. Constitución Económica y protección del medio ambiente. [en línea] Revista de Derecho (Universidad Austral), <<http://revistas.uach.cl/html/revider/v9supl.Especial/body/art06.htm>> [consulta : 24 noviembre 2020].

El profesor Garrido Falla en el año 1959 ya esbozaba el problema, aunque desde una perspectiva de policía y orden público, de esta forma la sanción administrativa aparece contra un actor perturbador del orden público y “no de quien ejercite legalmente sus derechos”¹⁷⁵. El poder sancionatorio de policía tendría fundamento el resguardo del “orden jurídico” como objeto de protección¹⁷⁶ tutelando “deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado”¹⁷⁷, encontrando una diferencia entre delitos y contravenciones el que “unos y otros tienen un doble fin de represión y prevención, en el primer caso se acentúa el fin represivo y en el segundo caso el preventivo”¹⁷⁸. El profesor usa -citando a Jellinek- un concepto de libertad negativa como “esfera jurídica intangible para el Estado”¹⁷⁹. De la lectura de este autor relevamos algunos gérmenes dogmáticos interesantes. A saber, la discusión *enforcement* – *punición* tiene ciertamente un germen aquí; del mismo modo la cuestión de las libertades toda vez que el autor identifica el “Orden Jurídico” como un entramado de deberes genéricos hacia el Estado y que el perturbador del orden público no está ejerciendo una libertad jurídicamente tutelada. Sin lugar a dudas hay otras cuestiones de esta teoría que no han envejecido tan bien¹⁸⁰.

De esta forma resulta evidente que el considerar una relación entre la libertad económica y la necesidad de sanciones administrativas que orienten la actividad económica a la evitación de riesgos y el cumplimiento de la normativa ambiental es algo relativamente asentado en la doctrina, lo que si puede resultar como una novedad son algunas de las consecuencias que desprenderemos de esta relación, las cuales por cierto ya han sido adelantadas por la doctrina más contemporánea.

El profesor Carlos Salinas Bruzzote ha llegado a señalar la autonomía del derecho sancionatorio en materia regulatoria en base al contenido material del Artículo 19 N° 21, encontrando la autonomía de este procedimiento sancionatorio en que éste busca orientar la actividad de los agentes en un determinado sentido. Así el Estado actúa “ con la finalidad de propender a que esa actividad se adecue a ciertos parámetros que se consideran necesarios para alcanzar determinado beneficio social.”¹⁸¹, operando en definitiva con distintos títulos de intervención -como lo son las concesiones y en nuestro caso las

¹⁷⁵ GARRIDO, F. 1959. Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. Revista de administración pública 28: 11-50. P. 21.

¹⁷⁶ Ibid. P. 35.

¹⁷⁷ Idem. P. 38.

¹⁷⁸ Idem. P. 35.

¹⁷⁹ Idem p. 12.

¹⁸⁰ Como el contenido del “orden público”, la “prisión gubernativa” o la “censura previa” en el cine, hay otras que han evolucionado como los tipos de regulación y los grados de discrecionalidad.

¹⁸¹ SALINAS, C., 2019. Principio de respeto a las reglas del mercado. Prohibición de comportamientos antimercado y disciplina de mercado. [en línea] Análisis Crítico de las Prerrogativas Sancionatorias del Estado. Bases para la comprensión autónoma del derecho sancionador regulatorio en Chile < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALLEY%2F2019%2F42687349%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=0&eid=5d860b7e29fd92a5771613ba95b2c81b&eat=F86CB462-56ED-B2C2-18C8-F6D2B86A0B71&pg=&psl=e&nvgS=false> > [consulta: 15 octubre 2020]

autorizaciones- para lograr el adecuado funcionamiento del mercado¹⁸². Según dicho enfoque, el DAS aparece como *enforcement* y no como pena.¹⁸³¹⁸⁴

La tesis del profesor es brillante, no obstante, se tomará cierta distancia teórica en los siguientes aspectos. En primer lugar, como es evidente, el DAS ambiental si bien busca orientar una actividad, tiene una lógica interna distinta a la regulación de un mercado, a saber, la tutela del medio ambiente. En segundo lugar, la forma del DAS ambiental se diferencia de la regulación planteada por el autor¹⁸⁵ en la medida que se relevará en este trabajo el régimen administrativo sancionador ambiental, fundamentalmente, como un régimen de *sujeción especial* presentando una mixtura entre las categorías analíticas planteadas por el autor¹⁸⁶, además de estar teleológicamente orientado por principios distintos propios del derecho ambiental.

En un sentido semejante, el profesor Letelier justifica la utilización de la sanción administrativa *prima ratio* y no como *última ratio* en función del *enforcement* y para permitir por ejemplo la corrección de *fallas de mercado*¹⁸⁷, de esta forma el “*statu quo* de ‘hombre libre’- no se soporta en el derecho administrativo pues el *statu quo* de empresa ‘libre de regulación’ es, por lejos, el peor escenario de todos”¹⁸⁸, esta afirmación encontraría sustento en términos de bienestar social agregado¹⁸⁹, y develaría que el sistema en materia penal se prefiere un *statu quo* donde el imputado sea *libre* sea mantenido, cuestión que sería susceptible de aumentar los falsos negativos en función de ese particular objeto de protección, cuestión que no ocurriría en materia administrativo-sancionadora¹⁹⁰. De esta forma y citando a Parejo, para Letelier la *sanción administrativa* debería ser vista “no como un mal necesario, sino como un instrumento positivo de regulación y configuración sociales, de aseguramiento de las condiciones básicas de la vida en colectividad, así como del objetivo de la articulación de un sistema administrativo capaz de cumplir con eficacia sus cometidos”¹⁹¹

Se comparte en gran medida lo planteado por el profesor Letelier, pues entendemos que el Derecho Administrativo Sancionador, está en general orientado a la regulación así realizando una intervención en

¹⁸² Idem.

¹⁸³ SALINAS, C., 2019. Teoría de la independencia de las potestades sancionatorias administrativas respecto del Derecho Penal sustantivo. El carácter autónomo del Derecho Administrativo Sancionador. [en línea] Análisis Crítico de las Prerrogativas Sancionatorias del Estado. Bases para la comprensión autónoma del derecho sancionador regulatorio en Chile < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2019%2F42687349%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=0&eid=5d860b7e29fd92a5771613ba95b2c81b&eat=F86CB462-56ED-B2C2-18C8-F6D2B86A0B71&pg=&psl=e&nvgs=false> > [consulta: 15 octubre 2020]

¹⁸⁴ En un sentido semejante véase ARACENA, P. p. 131-133.

¹⁸⁵ SALINAS, C., 2019. El conflicto Derecho Administrativo Sancionador y derecho disciplinario. Bases para una distinción. [en línea] Análisis Crítico de las Prerrogativas Sancionatorias del Estado. Bases para la comprensión autónoma del derecho sancionador regulatorio en Chile < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2019%2F42687349%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=0&eid=5d860b7e29fd92a5771613ba95b2c81b&eat=F86CB462-56ED-B2C2-18C8-F6D2B86A0B71&pg=&psl=e&nvgs=false> > [consulta: 15 octubre 2020].

¹⁸⁶ Fundamentalmente porque en materia ambiental buscamos relevar el rol de la relación de sujeción especial entre el titular y la Administración.

¹⁸⁷ LETELIER, R., 2018. El precio del *statu quo*. Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. Revista de Derecho (Valdivia) (31): 209-229. 222-223

¹⁸⁸ Idem p. 224

¹⁸⁹ Idem p. 225

¹⁹⁰ Idem p. 221.

¹⁹¹ Idem p. 226.

una de sus citas “Las sanciones [ambientales] no son algo distinto a su regulación [se sostendrá que en materia ambiental, la regulación refiere la relación de sujeción especial de la RCA]”¹⁹². De esta forma, se encuentra en el profesor una herramienta para sostener que el DAS distingue la libertad de las empresas de la libertad de las personas, en función de las características propias de su regulación.

El enfoque innova en la siguiente manera de lo planteado por el profesor Letelier , en la medida que se enfatiza dentro de la *ratio* -siguiendo tanto a Aracena como a Londoño-en la forma normativa en la que están configuradas las sanciones -relevando la conexión entre normas primarias y secundarias en un sentido distinto al del autor, que sigue a Kelsen-, se plantea además que el fundamento constitucional del DAS a propósito del Artículo N° 19 n° 21 de la CPR -cuestión que el autor no hace directamente.

De esta forma -siguiendo pero también pretendiendo profundizar la postura del profesor- se dirá que la diferenciación entre ambas libertades se lee desde un enfoque según el cual son bienes jurídicos protegidos distintos siendo conceptualizados como “libertades distintas” en la constitución misma, estando frente a una libertad positiva y una negativa. En este sentido, el enfoque del trabajo aporta una determinada interpretación de la Constitución, además de circunscribirse al DAS en su faceta ambiental, relevando las consecuencias de la relación de sujeción especial basada en la naturaleza autorizatoria -y precaria- de la RCA de esta forma, en último término se justifica la independencia del DAS ambiental desde la afirmación de que no se estaría afectando un bien jurídico constitucionalmente protegido. Esta cuestión no viene a hacer otra cosa mas que comprobar en el Ordenamiento Ambiental la máxima antes citada, según la cual “Las sanciones no son algo distinto de su regulación”¹⁹³

La estructura de no afectación de derechos es también semejante a la planteada por el profesor en su texto “contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos” en particular respecto de lo que se plantea respecto de la legalidad¹⁹⁴, en la medida que no podemos supeditar la vigencia del O.J. por bienes jurídicos de inferior valor normativo. Esta tesis del profesor fue recepcionada con relativo éxito en nuestra doctrina como una no-titularidad sobre el O.J. ambiental como se verá en el próximo capítulo. Con todo es dable destacar que esta idea -y la doctrina relacionada- dicen relación con la invalidación de actos administrativos y no con las sanciones administrativas, estando en el puente entre estas ideas la propuesta de este trabajo.

El profesor Montt Oyarzún hace algún tiempo problematizaba la autonomía del DAS desde la luz roja y la luz verde en el Derecho Administrativo; estando la primera teleológicamente orientada a la evitación de

¹⁹² LETELIER, R. 2017, p. 632.

¹⁹³ LETELIER, R. 2017 op cit. p. 632.

¹⁹⁴ LETELIER, R. 2014. Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos. *Revista Chilena de Derecho* 41(2): 609-634.623-627.

interferencias a la libertad privada¹⁹⁵, la segunda en cambio está definida por una sensibilidad a las necesidades del sector a regular¹⁹⁶. En definitiva en cuanto a diseños institucionales, la luz roja genera diseños *negativos* destinados fundamentalmente al control del poder público y la luz verde genera diseños positivos tendientes a la optimización de la vigencia de la actuación administrativa.¹⁹⁷

En un sentido semejante al propuesto se refiere también el profesor Rojas, al referir que la actividad administrativa en materia ambiental, en función de que está dirigida a gestionar riesgos propios de un Estado Social debe entenderse que el Derecho Administrativo (el sancionatorio incluido) debe actuar desde la *luz verde* otorgando efectividad a unas determinadas políticas públicas más que desde una *luz roja* pensada desde la protección de garantías individuales¹⁹⁸. El autor además logra identificar una relación entre autorización y sanción, en la medida que el incumplimiento de la autorización ambiental -que caracteriza como título de intervención- es sancionable, siendo lo sancionado el incumplimiento de la autorización en tanto incumplimiento de una condición de funcionamiento¹⁹⁹. Esta interpretación es extremadamente clara en explicar la función administrativa ambiental. De esta forma el profesor, identifica con bastante claridad la RCA como un *modo de ejercer* la actividad sancionable -y sin garantías penales a objeto de tutelar bienes jurídicos colectivos- el enfoque del trabajo busca, por tanto, complementar a esta conceptualización, añadiendo que la *naturaleza jurídica* de la sanción ambiental como predicada de un título autorizatorio.

De todo lo anterior resulta claro que la distinción entre libertad positiva y negativa resulta de particular importancia para entender la forma de justificación de la pena y la sanción en general y ambiental, entregando esta conceptualización de suyos elementos suficientes para entender porqué pena y sanción -especialmente la sanción ambiental- pueden ser cosas distintas.

Subcapítulo 3: Justificación de la intervención estatal, necesidades sociales y sanciones ambientales.

En este subcapítulo se procederá a analizar respuestas a la doctrina que plantea que la regulación estatal constituye una afectación del Estado de Derecho y de la democracia liberal, se propondrán formas de justificación del enfoque del trabajo y finalmente se entregará una propuesta de diferencia ontológica entre las sanciones y las penas a efectos de contar con una diferencia cualitativa entre el DAS Ambiental y el Derecho Penal.

1. Democracia, liberalismo y sanciones administrativas ambientales.

¹⁹⁵ Montt, S. 2010. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. [en línea] http://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/08/Documento_de_trabajo_4_Autonomia_responsividad_Montt.pdf [consulta: 10 de diciembre 2020]. P. 6.

¹⁹⁶ Idem. P. 10.

¹⁹⁷ Idem p. 14.

¹⁹⁸ ROJAS, C. 2020. Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional. Revista de Derecho del Estado (45):275-203. Pp. 292-297.

¹⁹⁹ ROJAS, C., Op Cit. 285

En este apartado se problematizará la noción según la cual toda regulación o sanción es un mal en sí mismo, volviendo al Derecho Administrativo Sancionador Ambiental y su relación con el Derecho Penal para analizar si de la no aplicación de los principios penales se deriva un derecho sancionatorio pre-beccariano:

Que el Derecho Administrativo Sancionador es una reminiscencia del antiguo régimen que nos puede llevar a un *camino de servidumbre*²⁰⁰ es una afirmación a lo menos discutible. La primera objeción la encontramos en nuestra doctrina nacional en autores como Gómez, Letelier, Rojas, Camacho, Román y desde una perspectiva propiamente ambiental Hervé; la segunda objeción la encontramos en la propia doctrina liberal en autores como Holmes y Rawls:

Gómez ha realizado un estudio histórico de la potestad sancionatoria del Estado llega a la conclusión de que la finalidad del DAS contemporáneo es la de “garantizar una finalidad pública de interés general, siendo necesario tomar cierta distancia de las reglas penales y recurrir a las instituciones propias del régimen jurídico público”²⁰¹. Letelier refiere a que la diferencia de la ratio se basa en que ambas sanciones tienen funciones distintas (enforcement-pena²⁰²), además de relacionarse de forma diferenciada con la forma en que las conductas reguladas en uno y otro derecho se relacionan con el bienestar social agregado, operando en *ratios* distintas²⁰³.

En un sentido semejante pero menos radical en lo respectivo a la separación de garantías, Camacho llega a plantear que existe una función pública a proteger que no debe ser neutralizada por un trasvase sin matices del Derecho penal, pero que esto no obsta a la aplicación de un derecho sin garantías²⁰⁴.

Román por su parte, y luego de referenciar a Nieto García, evidenciando el hecho de que los sujetos sancionados muchas veces están en una posición económica que rivaliza cuando no supera a la Administración, se refiere a que vivimos en una sociedad posmoderna que debe gestionar riesgos, y que si bien el sancionado es sujeto de dignidad también es cierto que el DAS está orientado a la defensa del interés general²⁰⁵.

En materia ambiental, la profesora Dominique Hervé en su célebre obra “Justicia Ambiental y Recursos Naturales” señala que la justicia ambiental, en un sentido material, como justicia política *exige la ponderación de una serie de intereses tanto privados como públicos*, de esta forma, la política pública ambiental debe estar conformada de un *procedimiento* en el que se pondere una pluralidad de bienes jurídicos en los que la

²⁰⁰ SOTO, E. 2005. Sanciones administrativas ¿camino de servidumbre?. Gaceta Jurídica (296):1-8.

²⁰¹ GÓMEZ R. 2019. Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. Revista de Derecho del Estado (44): 361-384. p.374

²⁰² LETELIER, R. 2017. Garantías penales y sanciones administrativas. Revista Política criminal (24):622-689.

²⁰³ LETELIER, R. 2018b. Op cit.

²⁰⁴ CAMACHO, G. 2007. La Legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora. Revista de Derecho Público (89):9-23.p.11, p.19 y 23.

²⁰⁵ ROMÁN, C. 2008. Derecho Administrativo Sancionador ¿ser o no ser? He ahí el dilema. En: PANTOJA, E. (Ed.). Derecho Administrativo. 120 Años de Cátedra. Santiago, Editorial Jurídica. pp. 107-141 pp.. 113-115.

propiedad y libertad de empresa son solo uno de ellos²⁰⁶. La cita de esta sección es importante porque se referencia a una serie de autores de la tradición liberal (Rawls, Dworkin y otros), de forma que se sostiene que es la idea de justicia procedimental²⁰⁷ -y no otra cosa- la que estructura la tradición liberal.

A mayor abundamiento Holmes en su célebre “The anatomy of antiliberalism” llega a afirmar que la identificación de cuestiones como la atomización de la sociedad -y el consiguiente iliberalismo de lo público-, la sacralidad de la propiedad privada²⁰⁸ como consustanciales al liberalismo viene de una mala comprensión del mismo y su pasado. De esta forma, en las concepciones minarquistas del liberalismo se toman posiciones que han sido *accidentales* al liberalismo -en su oposición a un determinado régimen-, como esenciales a este²⁰⁹²¹⁰.

Por otro lado, analizando la propuesta los principios de la *justicia como equidad* propuestos por John Rawls en su *Teoría de la Justicia* se puede buscar una justificación desde un determinado *liberalismo igualitario* para brindar algo de tranquilidad a los sectores de la doctrina que identifican liberalismo y democracia: Es relevante para estos efectos referenciar los principios que propone el autor, para así contar con herramientas valorativas para analizar nuestra propuesta. Rawls propone un primer principio que reza “Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”²¹¹ las libertades fundamentales a las que refiere son aquellas libertades básicas susceptibles de ser iguales²¹² en contraposición a aspectos en los que se establecen desigualdades económicas y sociales²¹³. El segundo principio, en lo que nos importa proscribire en general las desigualdades sociales y económicas a no ser que mejoren las condiciones de los menos afortunados (principio de la diferencia)²¹⁴, de este modo se propondrán tres lecturas desde Rawls para justificar que el enfoque que propuesto en este trabajo no es necesariamente iliberal, al menos en sus efectos:

- Si malentendiéramos²¹⁵ a Rawls y pensáramos que la *libertad económica de desarrollar proyectos con impactos ambientales* fuera una *libertad fundamental*, y por tanto se prefiriera su conservación sobre la distribución de bienes sociales, la limitación en el ejercicio de esta actividad podría fundarse en la máxima de que “la libertad

²⁰⁶ HERVÉ, D. 2015. La justicia ambiental como justicia política. En: Justicia Ambiental y Recursos Naurales. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. pp. 42-49

²⁰⁷ En el subcapítulo 2 del capítulo 2 hablaremos del procedimiento administrativo, que en nuestra opinión viene a satisfacer la necesidad de justicia procedimental.

²⁰⁸ Que, si bien sería importante su defensa, lo es de forma instrumental, en tanto reconocimiento de autonomía de un agente.

²⁰⁹ HOLMES, S. 1993. Misunderstanding the liberal past. *En*: The anatomy of antiliberalism. Cambridge, Massachussets, Estados Unidos, Harvard University Press. pp. 184-256..

²¹⁰ Este párrafo no habría sido posible sin la interpretación del profesor Thomas Bullemore de Holmes, autor que, dicho sea de paso, no habría conocido sin el profesor. Adicionalmente toda la idea del iliberalismo del minarquismo neoliberal es tributaria de sus clases y conversaciones -que espero no haber malentendido.

²¹¹ RAWLS, J. 2006. Teoría de la Justicia. México, Fondo de Cultura Económica. p. 67.

²¹² Rawls propone un catalogo que contiene la libertad política, de expresión y reunión, consciencia y pensamiento; integridad física y psicológica y ambulatoria. Véase RAWLS, J. p. 67.

²¹³ RAWLS, J. p. 68.

²¹⁴ RAWLS, J. pp.68-88.

²¹⁵ Pues como veremos en los siguientes párrafos el autor justifica la regulación económica.

solamente puede ser restringida en favor de la libertad en si misma”²¹⁶ de forma que se justifica una menor libertad para algunos sujetos si redundan en una igual libertad para todos²¹⁷, así , tal como se ha señalado anteriormente al depender la posibilidad del ejercicio de una determinada actividad económica de la existencia de recursos naturales (o más bien de un determinado medio ambiente) la desregulación atenta contra la factibilidad de la misma libertad en el futuro o de otras actividades económicas en el presente (por ejemplo la actividad forestal puede afectar con licor verde a la actividad pesquera, además de por el empobrecimiento del suelo *su propia actividad*). Lo contrario sería sostener un título infinito para generar pasivos ambientales respecto de otras actividades productivas que no solo no existe en nuestro Ordenamiento Jurídico, sino que además es difícilmente justificable a nivel valorativo en la medida que el ejercicio de la actividad desregulada implica menos libertad para todo el resto de las personas.

- Desde el principio de la diferencia la desigualdad -tanto en distribución de recursos como de pasivos ambientales- que genera la autorización ambiental solo es justificable si mejora la situación de la persona representativa o siguiendo la terminología rawlsiana “los mas afortunados sólo se benefici[a]n ayudando a los menos favorecidos”²¹⁸. En este sentido la actividad económica solo se justifica conforme a la adecuación de un fin, a saber, la mejora de la situación de los peor favorecidos. Por tanto, es evidente que no va a estar justificado un proyecto que *empeore* la situación de grupos representativos desaventajados con determinados impactos ambientales, cuestión que justifica como medida de justicia opciones regulatorias como la que plantea este trabajo, en la medida que una forma de operativizar este principio es con agencias fiscalizadoras y sancionadoras encargadas de por ejemplo fiscalizar la distribución de activos y pasivos ambientales.

-Finalmente es importante aclarar que el autor refiere específicamente a la *regulación económica* en particular respecto a ciertos bienes esenciales (como pueden ser los medios de producción) y determinadas externalidades (como los impactos ambientales) que exigirían mecanismos de sanción para orientar la conducta humana hacia el bien general²¹⁹.

Por todo lo anterior la regulación ambiental parece ser no solo posible desde una concepción liberal-igualitaria de justicia, sino que necesaria para su realización.

El profesor Montt es particularmente severo a este respecto llegando a señalar que si el DAS se orienta al enforcement -y por tanto a la vigencia misma del O.J.- entonces “la conexión entre Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho queda establecida. Dicho en negativo, un Estado en el que las normas sistemáticamente terminan por no aplicarse no puede ser considerado un Estado de Derecho”²²⁰

²¹⁶ RAWLS, J. p. 230

²¹⁷ RAWLS, J. p. 232.

²¹⁸ RAWLS p. 172.

²¹⁹ RAWLS pp.249-257.

²²⁰ MONTT, S. p. 20.

En suma, la doctrina más clásica (que identifiqué con la aplicación matizada de las garantías penales) representada por Román²²¹ y Camacho ya intuía que, pese a reconocer la existencia de la dignidad del sancionado, la expresión de esta protección se ve mediada por fines sociales y la realidad económica²²². Sumada a la doctrina más reciente, a saber, con la profesora Gómez y los profesores Letelier y Rojas -doctrina de la responsividad- que promueven la independencia dogmática del DAS de cara a la sociedad contemporánea²²³. El profesor Rojas por su parte, señala que la política administrativa de la *luz roja* es propia de un *Estado liberal* de un corte individualista decimonónico, un *Estado social y garante*-que según lo planteado no sería iliberal- como el contemporáneo, debe administrar determinados riesgos y reivindicaciones sociales, como puede ser la justicia ambiental, volviéndose necesaria una política administrativa de la luz verde, que brinde eficacia al Derecho²²⁴.

De esto surge la conclusión que las problemáticas del origen de las repúblicas democráticas respecto de reducir el poder de un Estado absolutista son distintas a los problemas que plantea la sociedad contemporánea de cara a un Estado Social, por lo que la intervención estatal resulta no ser idéntica a un retorno al antiguo régimen, pues estamos ante sociedades con formas y garantías distintas. Máxime considerando la relevancia del objeto protegido por el derecho ambiental cuya afectación puede terminar generando zonas de sacrificio, sufrimiento ambiental, y en definitiva graves afectaciones a la dignidad de las personas²²⁵. Adicionalmente, si bien he señalado que no adscribo a la tradición liberal, considero importante resaltar que incluso desde las perspectivas que identifican al liberalismo con el Estado Democrático de Derecho es posible sostener que la base dogmática propietarista y minarquista es al menos discutible como esencial al liberalismo, siendo plausible incluso referir que la desregulación propuesta por el minarquismo como *no sanción* niega la vigencia del Estado de Derecho y los principios básicos de la *justicia como equidad*. Por esta cuestión diciendo que, por un lado el enfoque es plenamente justificable al no constituir la *libertad económica ambiental* un bien absoluto -como esfera de autonomía desregulada e intangible por el Estado y siendo plenamente justificable una comprensión positiva de esta libertad-, quedando la justificación concreta del DAS ambiental en la determinación sobre si efectivamente hay garantías suficientes para evitar la indefensión en el contencioso administrativo ambiental, las cuales serán abordadas en el capítulo final de este trabajo, sería suficiente para declarar la independencia de la doctrina.

²²¹ Román recientemente (el año 2020) ha publicado un texto en el cual sigue sosteniendo que el DAS en general no está listo para su autonomía, discutiremos esto mas adelante. Véase ROMAN, C. 2020. Derecho administrativo sancionador en Chile: “Ubicación” y “Límites”. Derecho & Sociedad (54): 155-170.

²²²En este sentido, si bien se considera que las garantías penales no deben aplicarse al DAS no se busca negar el aporte teórico que esta doctrina (junto a autores ya citados como Bermúdez, Cordero y Aldunate) ha aportado para hablar de la independencia de la disciplina, máxime si consideramos que al menos en un primer momento lo defendido era la existencia de la disciplina frente a una escuela que buscaba reducirla a una expresión de la penalidad.

²²³ En un sentido semejante véase ROJAS, C., Op cit.

²²⁴ROJAS, C. Op cit. 286-288; 290-296

²²⁵ A este respecto DONOSO, A., 2020“Zonas de sacrificio” y justicia ambiental. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5.888-2019. Anuario de Derecho Público 2019 de la Universidad Diego Portales:209-229

2. *Algunas conclusiones sobre la diferenciación sustantiva entre lo administrativo sancionador ambiental y lo penal.*

En este apartado final, se ofrecerán algunas conclusiones sobre los elementos diferenciadores entre lo penal y lo administrativo sancionador.

Se ha dicho en la discusión general sobre DAS que lo que distinguiría lo penal de lo sancionatorio sería una mera decisión legislativa, razón por la cual no tendría mayor sentido buscar diferencias adjetivas entre ambos derechos, en este epígrafe final del subcapítulo hablaremos de la naturaleza jurídica y la justificación de la diferencia cualitativa.

Hemos visto desde Cordero y Aldunate²²⁶ hacia Aracena²²⁷ y Londoño²²⁸ que el Derecho Penal y el DAS ambiental -específicamente- tienen una estructura normativa distinta marcada por una relación de sujeción especial, que será analizada en detalle -en el derecho positivo- en el próximo capítulo, pero que se ha enunciado suficientemente como para proponerla como fundamento de esta diferenciación, al solo poder ejercerse la actividad conforme al Derecho, o lo que el profesor Montt denomina *diseños institucionales de luz verde* frente a un derecho penal que responde a un *diseño institucional de luz roja*²²⁹.

De esta forma la libertad negativa exige un derecho administrativo de la luz roja que tiene un particular diseño normativo, la libertad positiva en cambio exige un derecho administrativo de la luz verde que se basa en objetos y objetivos distintos²³⁰. En la medida que uno objeto jurídicos basales es una libertad como autonomía indeterminada, y el otro es una libertad distinta conceptualizada como una actividad sujeta a una constante intervención, siendo por tanto libertades valoradas socialmente de forma distinta, se ejercen de diferente manera, tienen regulaciones diversas y están configuradas como bienes jurídicos protegidos diversos.

No es exagerado decir que existe -al menos- una necesaria diferencia entre ambos ilícitos en la forma en que se manifiestan *en el Derecho*²³¹, si bien tienen un relato *teleológico* de distinción en la medida de que uno está orientado al *enforcement* y el otro a la *punición*²³², no es si no en el sistema jurídico donde se les otorga naturalezas jurídicas diversas al tener ambos sistemas objetos de protección diferenciados.

Este relato teleológico de diferenciación que puede ser afectado por la actividad del legislador -en la medida que las sociedades cambian- pudiendo ilícitos penales pasar a ser sanciones administrativas, no existiendo

²²⁶ CORDERO, E. y ALDUNATE, E. op cit.

²²⁷ ARACENA, P. op cit.

²²⁸ LONDOÑO, F. op cit.

²²⁹ MONTT, S. op cit.

²³⁰ Idem. Véase además también BERLIN, I. op cit y ROJAS, C. op cit.

²³¹ ARACENA, op cit.

²³² GARCIA, op cit.

en definitiva delitos o sanciones que deban por sus características en el mundo-natural tomar una u otra forma.

Lo que no puede cambiar tan fácilmente por mera valoración social -sin cambiar la noción general que tenemos del Estado- es el *sistema normativo* (y la forma de las normas de conducta a observar) al que se verán sujetos estos ilícitos, es decir su forma de construcción normativa y sus modos de ejecución, de esta forma el *administrativizar* ilícitos penales a la manera del DAS ambiental, importaría la juridificación de una determinada actividad económica, y la subsiguiente *prohibición* de ejecutarla si no es conforme a un entramado normativo específico e intenso, supone la creación de un entramado normativo de similares características al ambiental junto con una determinada relación de sujeción especial -esta conclusión nuevamente es tributaria del enfoque Letelier²³³-, en definitiva un cambio en el objeto jurídicamente tutelado por el Derecho.

Desde una perspectiva más político-valorativa, una administrativización *al modo ambiental* de determinados delitos importaría una positivación de la libertad -que implica la negación de la existencia jurídica de determinadas esferas de autonomía- por lo que, especulativamente pienso, que, por un lado, esperablemente solo surgirían después de procesos políticos especialmente complejos -de esta forma es difícil de pensar en nuestro actual sistema político que el legislador termine por reemplazar completamente al Ministerio Público por Superintendencias-, y por otro mediante la representación política estas renunciadas a ámbitos de autonomía serían una expulsión social y democráticamente legitimada de determinados ámbitos de autonomía como desregulación, en los cuales caso a caso habría que ver en la discusión pública si se afecta algún derecho fundamental y podrían discutirse desde concepciones valorativas de justicia como la *justicia como equidad* la afectación de determinados principios desde la filosofía moral y política.

CAPITULO III: La naturaleza jurídica de la RCA como comprobación de la insuficiencia explicativa del modo penal y el marco explicativo-normativo-hermenéutico del DAS Ambiental.

En los capítulos anteriores se ha justificado la necesidad dogmática de proponer nuevos enfoques y se han entregado las bases conceptuales de la distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador Ambiental. Este capítulo busca fijar por un lado la naturaleza jurídica de la RCA (como expresión y concretización de una libertad positiva) de la cual se pretenderá desprender la imposibilidad

²³³ Letelier ha sostenido que “El hecho de que el legislador opte en casos diversos por una u otra sanción, o que por diversas necesidades sociales transite de una a otra, refleja que ellas persiguen objetivos diversos y que el legislador realiza determinadas evaluaciones que le ayudan a inclinarse por una u otra; en otras palabras, que se quieren cosas diversas con ellas. El hecho de que ambas sanciones sean dispuestas por el Estado, entonces, no obliga a que ellas tengan la misma regulación” Véase: LETELIER, 2017, op cit p. 632-633. Adicionalmente -antes en cuanto paginas pero después en la secuencia lógica que tratamos de establecer- el profesor señala que la distinción entre ambas ramas del derecho serían justamente las garantías aplicables. Véase LETELIER, 2017, op cit. p. 632. En este sentido en Letelier también encontramos un antecedente dogmático para señalar que las sanciones se diferencian de las penas en su forma de existencia *en* el O.J.

conceptual de una conceptualización garantista-penal , así como esbozar *grosso modo* el marco axiológico del DAS ambiental.

En un primer subcapítulo se abordará la forma específica que toma la libertad positiva-relación de sujeción especial como una autorización administrativa de carácter precario, de esta naturaleza jurídica se desprendería unívocamente que los principios aplicables a las sanciones administrativas-ambientales no serían los del Derecho Penal a riesgo de desnaturalizar la institución.

En un segundo subcapítulo se abordarán algunas discusiones respecto a objeciones que pueden surgir al enfoque propuesto, se abordarán en particular las críticas relativas a la aplicación del principio de oportunidad, la legitimidad de sancionar por cuestiones susceptibles de interpretación, la particularidad del Administrativo Sancionador Ambiental frente al Derecho Administrativo General en relación con la igualdad ante la ley, se problematizará desde el tipo de gravamen que es la sanción ambiental la justificación de abordarle en función de los principios del Derecho Penal, y finalmente se revisará una sentencia reciente que parece en principio seguir una tendencia contraria a la que hemos propuesto. Esto es relevante en esta parte del trabajo en la medida que permitirá cerrar la discusión sobre la justificación del régimen aplicable (al ser ahora críticas tendientes a plantear la insuficiencia del Administrativo Sancionador) y permitirá en el siguiente subcapítulo entrar de lleno a la cuestión del régimen axiológico del DAS Ambiental.

En un tercer subcapítulo, se reflexionará sobre la forma en la que los principios del Derecho Administrativo General en relación con los propios del Derecho Ambiental fijarían las garantías del titular en torno a un procedimiento administrativo general, y se problematizará el procedimiento administrativo con un foco en las personas que puedan verse afectadas por la actividad de un determinado titular y sus respectivos derechos.

Para esta última parte se referenciará cierta doctrina especializada además de determinada jurisprudencia - que en nuestra opinión- develarían cuales son los bienes jurídicos colectivos que se ponderan en un procedimiento administrativo de carácter ambiental, es por esto que si bien todas las sentencias de este último punto son de los Tribunales Ambientales hay una que fue referenciada por relevar la importancia de la *justicia ambiental* en la tutela del medio ambiente pero que no refiere a un procedimiento sancionatorio.

Subcapítulo 1: La RCA como precario o la ausencia de derechos adquiridos como justificación de la independencia frente al derecho penal.

Como se ha señalado en el capítulo anterior, la libertad económica en el Derecho Ambiental se ejerce de forma positiva, tenderé a profundizar este punto remarcando su sustrato normativo para luego señalar que la forma de ejercer la libertad, conforme permanentemente al Ordenamiento Jurídico Ambiental se identifica con la Resolución de Calificación Ambiental. Luego se predicará de la RCA una naturaleza

particularmente precaria, esto desde su caracterización, como un título que no genera derechos adquiridos y desde el cual se pueden configurar responsabilidades infraccionales; e incluso ingresar al *tipo* infraccional. Se tenderá a demostrar que, en función de lo anterior, no procede la aplicación de garantías de libertad-negativa, porque estas necesitarían un *derecho adquirido* que estuviera siendo afectado por la actividad estatal de un objeto-libertad que estuviere siendo afectado, de aquí surge el refuerzo constitucional para salvaguardar los derechos *objetivamente* establecidos en favor del particular, contra esto planteo que ante la inexistencia de tal cosa como derechos adquiridos en materia ambiental resulta claro que la sanción ambiental no se configura como una restricción de un ámbito indeterminado de la libertad de industria o de propiedad, sino que la libertad de industria en materia ambiental solo puede ejercerse conforme a la normativa ambiental. Finalmente se abordarán algunas consecuencias de esta naturaleza autorizatoria en la forma en que debe entenderse la relación de sujeción especial que nace de la RCA.

1. *Constitución y regímenes de libertad económica.*

Los estándares o formas de desempeñar la libertad económica pueden tomar diversas formas tales como la de un precario (como el permiso municipal del artículo 36 de la LOCM), de una autorización administrativa, de una concesión, o bien puede tomarse la decisión de dejarse el sector desregulado.²³⁴

Estas formas permiten con claridad en al menos uno de los casos mencionados, el precario, la extinción del título habilitante a ejercer la actividad económica no da derecho a una indemnización, al no existir una situación jurídica consolidada, en otros casos como la extinción de una concesión se entregan indemnizaciones al titular. El fundamento de esta facultad, en el caso del precario, se encuentra según el marco propuesto en que no “se concede” ningún derecho al particular, por lo cual no se le está sustrayendo algo que le hiciera merecedor de una tutela constitucional. Se sostiene que en rigor no existe una afectación (jurídica) a algún derecho fundamental al ser exactamente esta una de las condiciones que regulan la actividad-económica del precario, no se podría decir que existe una afectación al 19N° 21 sino que más bien un cumplimiento de su supuesto según el cual esta actividad económica debe sujetarse al derecho que la regula.

La relevancia del precario como institución se agota en este trabajo en su no concesión de derechos reales o de garantía, de esta forma cuando se hable de la autorización como un título precarizado o relativamente precario se hará solo en función de la ausencia de una protección especial en caso de revocación o extinción del título.

En materia ambiental el artículo 19N° 8, inciso segundo, dispone que “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”,

²³⁴ Véase OGUS, A. 2007. Estructuras e instituciones regulatorias. Themis-Revista de Derecho (54):273-285.

entendemos que esta cláusula viene a reforzar la sujeción a la ley del artículo 19N21 haciendo plausible el diseño de nuestra institucionalidad ambiental según el cual “la actividad económica solo podrá desarrollarse conforme a la institucionalidad ambiental”²³⁵.

En este sentido se propone una lectura extensiva de esta garantía -y desde el relato dogmático del anterior sub capítulo-, que si bien pareciere estar predicada de forma “negativa” (como restricción de derechos y libertades) diré que esto se subsana de la siguiente manera:

La constitución efectivamente plantea en un primer momento un concepto negativo de libertad, pero para referir a un Estado de pre-regulación, es decir, esta libertad desregulada que se estaría restringiendo lo estaría haciendo en abstracto al momento “positivar” la actividad sometiénola a un marco jurídico determinado. Una vez configurada la ley el bloque de juridicidad de la institucionalidad ambiental ingresa como *modo univoco* de ejercer el derecho y no como limitación de este.

Ahora, este momento de “desregulación” puede perfectamente no dar “derecho a acción” respecto a por ejemplo una indemnización por la exigencia de ajustarse al OJ, a efectos de ilustrar que no todo espacio desregulado se configura como un “derecho” se hará referencia a los considerandos quinto a séptimo de la SCS 18.721-2019 sobre la ordenanza municipal de la comuna de Las Condes que prohibía fumar en espacios públicos: En lo que nos importa estos considerandos niegan la existencia de un “derecho a fumar” aduciendo a que la ausencia de una prohibición (o la no regulación) no significa necesariamente que la limitación de esta libertad redunde en la afectación de un “derecho” sino que de una “facultad” que es simplemente tolerada por el Ordenamiento Jurídico, el fundamento de la no configuración de un “derecho” a fumar, se basa en un juicio sobre la afectación de la actividad tolerada respecto de otros DD.FF (como la salud de las otras personas y el Derecho Objetivo). En un sentido semejante, se analizará junto con Sepúlveda que la autorización-RCA no da título para dañar a otros²³⁶.

Si bien es cierto que la sentencia no se refiere al 19 N°21 de la CPR en relación al 19 N° 8 es ilustrativa de como la “no-juridificación” de una actividad no redunde necesariamente en la existencia un derecho merecedor de tutela constitucional , así la positivación de una libertad (como extinción de un espacio desregulado) no se identifica jurídicamente de forma necesaria con la extinción de una libertad negativa preexistente. Por lo anterior, es al menos cuestionable la afirmación según la cual un proyecto que entró a operar antes de la vigencia del SEIA tenga un título constitucional indubitado para seguir operando en contravención a la normativa actualmente vigente que regula su actividad si afecta otros derechos fundamentales como la vida, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la salud o la integridad física de la población por el mero hecho de haber estado operando antes de la existencia de la

²³⁵ Tal como hemos visto en el anterior capítulo. Véase OLIVARES, A. op cit. OSORIO y PEROTTI, op cit. entre otros

²³⁶ SEPÚLVEDA, D. 2019. Op cit.

institucionalidad²³⁷. Esto no significa que no pueda decidirse política o jurisdiccionalmente entregar “seguridad jurídica” a costa de DD.FF, como de hecho se hizo, pero esta “seguridad jurídica” nace de una ponderación que surge entre el interés individual y el social, y, en caso de un cambio regulatorio, no da necesariamente lugar a una indemnización²³⁸.

Recapitulando, se ha dicho que la gran diferencia entre el Derecho Administrativo Sancionador Ambiental y el Derecho Penal se encontraría en que en ambos casos estaríamos ante dos conceptos “distintos” de libertad garantizada, siendo en el primero de los casos una libertad positivada que integra todo un ordenamiento jurídico sectorial, identificándose la libertad con su marco regulatorio y en el segundo una libertad negativa cuya característica sería la “no intervención”.

De esta forma la pena aparece como la afectación de un bien constitucionalmente protegido (se quita algo como pena), y en el Derecho Administrativo no necesariamente se quita algo cuando se deja de permitir una actividad económica (como es el caso del precario y según se propone del DAS ambiental).

En definitiva, el DAS ambiental importa una conminación a un modo específico de ejercicio de la actividad²³⁹ en la forma de una autorización administrativa (RCA) que encuentra su fundamentación en el respeto del Ordenamiento Jurídico Ambiental.

Así en el Derecho comparado se ha llegado a decir -aunque de forma crítica- que “ Las medidas de recuperación y restauración son, en efecto, consecuencias de la infracción, pero su naturaleza jurídica es diferente, así como su finalidad; las consecuencias jurídicas resarcitorias, indemnizatorias o reparatorias, así como la revocación de ciertos actos administrativos favorables no pueden ser considerados en ningún caso como sanción [En el sentido de expresión del denominado *ius puniendi unitario*]²⁴⁰”

2. RCA y sanción, parte general.

En este apartado se abordará preliminarmente que se ha dicho sobre la relación entre sanciones administrativas y la RCA.

²³⁷ A modo ilustrativo, este tipo de estructura regulatoria -obligación de sometimiento a un título autorizatorio a actividades que se encontraban desreguladas- no es inédita en nuestro O.J. encontramos un ejemplo de esto en nada menos que un reglamento, el dto N° 189 del 2005 del Minsal que regula el funcionamiento de rellenos sanitarios mediante un título autorizatorio (Artículo 27) en su Artículo 62 tiene una cláusula de adecuación a sus disposiciones “Dentro de los 180 días siguientes a la fecha de entrada en vigencia el titular de todo sitio de disposición final de residuos sólidos que a la fecha de entrada en vigencia del presente reglamento se encuentre en operación y que no cumpla con las normas y requerimientos establecidos en él, deberá presentar a la Autoridad Sanitaria un programa de adecuación de su actividad. Las medidas y acciones de adecuación consultadas en dicho programa deberán realizarse y completarse en un plazo no superior a un año desde la fecha de entrada en vigencia. Salvo casos especiales calificados por dicha Autoridad, mediante resolución fundada, dicho plazo podrá prorrogarse hasta por el término de un año adicional.

En aquellos casos especiales en que un sitio de disposición final en operación al momento de entrar en vigencia el presente reglamento no esté en condiciones de dar cumplimiento total a sus disposiciones, la Autoridad Sanitaria podrá autorizar su funcionamiento con las exigencias alternativas que estime necesarias para controlar los riesgos sanitarios y ambientales durante el plazo que ésta determine”

²³⁸ Volveremos sobre esto en el próximo subtítulo a propósito de la revocación de la RCA.

²³⁹ VAN WEEZEL, op cit.

²⁴⁰ VELÁSQUEZ, op cit. p. 9.

La autora que mejor ha abordado esta cuestión es la profesora Fuentes: En definitiva, identifica una relación entre la naturaleza conformadora de la regulación ambiental y la Resolución de Calificación Ambiental, de forma que el título autorizatorio sería un modo de ejercer la libertad en materia ambiental por el mandato específico del Artículo 19 N° 8, siendo en último término una restricción de determinados derechos en función del mandato constitucional. Reconoce además que la fiscalización es sobre las RCA y les reconoce un carácter relativamente precario (como no constitutivo de derechos adquiridos)²⁴¹.

Las diferencias con la autora nuevamente son menores, en particular se buscará mediante una profundización de la naturaleza precaria de la RCA elevar que más que ante restricciones al ejercicio estamos ante un modo específico de su desarrollo, esto para reforzar nuestro enfoque según el cual en este modo específico (o libertad positiva) encontramos una diferencia de naturaleza con el ordenamiento penal orientado a la protección de ámbitos de autonomía desregulada.

De forma semejante el profesor Soto Delgado citando una pirámide de *enforcement* pone en la cúspide de la misma la revocación de la licencia²⁴², y luego, adhiriendo a la tesis de la responsividad ha dicho que la aplicación del DAS debe estar orientado hacia el cumplimiento de determinados objetivos.²⁴³ Tenderemos a problematizar desde la punta de la pirámide.

Se ha considerado por autores como el profesor Hunter, que la autorización administrativa ambiental como una “cargas, medidas o condiciones que la administración solicita al titular para la ejecución de un proyecto o actividad, por lo que resulta imposible separarlos o modificarlos”²⁴⁴ Siendo la RCA de “naturaleza compleja, puesto que junto con permitir el desarrollo de un proyecto o actividad, somete al titular a una serie de cargas y obligaciones, como son las condiciones o exigencias ambientales o las medidas de mitigación, compensación o reparación, generando un vínculo permanente entre la Administración y el titular”²⁴⁵.

En un texto más reciente Hunter ha reconocido que las autorizaciones y el Derecho Administrativo Sancionador tienen una misma finalidad que es encausar la conducta de los particulares hacia una protección de bienes jurídicos como el medio ambiente y la salud de las personas.²⁴⁶

²⁴¹ FUENTES, J., Op cit.

²⁴² SOTO, P. 2016. Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. Revista Ius et Praxis 22(2): 189-226. P, 199

²⁴³ Idem pp. 208-209.

²⁴⁴ HUNTER, I. 2015. La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: notas a propósito de la Ley de Tribunales Ambientales. Revista Chilena de Derecho 42(2):649-670. p. 661

²⁴⁵ HUNTER, I., 2015 op cit p. 661

²⁴⁶ HUNTER, I., 2020. Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso. (54) < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/2020nahead/0718-6851-rdpucv-00105.pdf> > [consulta: 20 octubre 2020] p.9.

El profesor Bermúdez se ha referido a la reserva de autorización como un instrumento de regulación consistente “ en la posibilidad de realizar determinadas actividades solo si se cuenta con previa autorización expresa de la Administración del Estado”²⁴⁷ siendo una de las cuestiones a fiscalizar el cumplimiento de la autorización ambiental que es la RCA ²⁴⁸ para luego profundizar señalando que la RCA como un instrumento que “no sólo implica la una incorporación de parámetros normativos, sino que una serie de condiciones específicas del proyecto autorizado”²⁴⁹ llegando a afirmar que la RCA es “un conjunto de cláusulas accesorias que determinan las consecuencias jurídicas previstas por la norma sean concretizadas por la decisión administrativa, o bien, que el contenido del acto administrativo corresponda, en parte a la expresión formal de una consecuencia jurídica no dispuesta expresamente por la norma, sino que decida por la administración.”²⁵⁰²⁵¹

Los profesores Carrasco y Herrera han referido latamente como la RCA ingresa al “tipo” en materia sancionatoria siendo sancionable por la SMA una infracción a una RCA²⁵² Respecto de lo señalado por ambos autores diré que la RCA, como acto autorizatorio implica una serie de cargas -que conllevaría a una intervención de parte de la Administración en la forma en que se ejerce la actividad- nacidas de una relación de sujeción especial. Complementando lo antes dicho con la forma de conceptualización de Sepúlveda se dirá que las denominadas “cargas y obligaciones” referidas son consustanciales a la autorización administrativa, esto para diferenciarnos de la perspectiva según la cual la RCA supone un derecho de carácter patrimonial, cuestión susceptible de hacer invocar una serie de garantías del acto autorizatorio.

La Sentencia Rol 140-2016 del Segundo Tribunal Ambiental -la cual se analizará con detención en su parte dogmática en el siguiente subcapítulo, pues paradójicamente luego procede a aplicar garantías penales al DAS ambiental- a este respecto señala “Es justamente debido a su naturaleza que, una vez otorgada la RCA, existe un intervencionismo constante de la Administración respecto de la realización de la actividad, con el objeto de verificar que se respeten los supuestos de hecho que motivaron su otorgamiento (Ibid., p, 137 [es una referencia a *Autorización Administrativa* de Laguna de La Paz]). Por lo tanto, la relación entre el administrado y la Administración, en este contexto se encuentra regulada, en que el parámetro de dicha regulación es la RCA y la ley. En consecuencia, así como en el Derecho privado el contrato es una ley para

²⁴⁷ BERMÚDEZ, J. 2013. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (40):421-447. p. 426

²⁴⁸ BERMÚDEZ, J. 2013 op cit p. 434.

²⁴⁹ BERMÚDEZ, J., 2013op cit p. 434

²⁵⁰ Idem p. 434.

²⁵¹ En un sentido semejante VAN WEEZEL, A., Op cit p. 1010

²⁵² CARRASCO, E., y HERRERA, J., 2014. Criterios para determinar la tipicidad de una resolución de calificación ambiental. [en línea] Sanciones Administrativas. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2015%2F41712396%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=e5452c42e2b062bd7e5517daad6aff58&eat=5756D5F0-CF01-EEE1-EEA4-A434E6806AD6&pg=42&ppl=&nvgS=false> > [consulta: 15 octubre 2020]

las partes, en el Derecho público las autorizaciones administrativas y permisos constituyen verdaderas leyes para el administrado.” (C. 12).

3. *La RCA como autorización administrativa, su carácter relativamente precario.*

En este apartado se hablará en primer lugar de que entenderemos por *autorización administrativa* para efectos de, desde esta categoría, caracterizar la Resolución de Calificación Ambiental con énfasis en la relación de sujeción especial creada y en especial a la no configuración de derechos adquiridos.

El profesor Garrido Falla nos adelantaba -en lo que nos importa- que uno de los medios de la policía administrativa para lograr sus fines son las autorizaciones administrativas pudiendo estas estar condicionadas por circunstancias externas, reservándose la administración el derecho de revocar o invalidar el título con o sin derecho a indemnización, dependiendo si se han adquirido derechos.²⁵³ Se rescata la proximidad dogmática entre las sanciones administrativas y las autorizaciones, y la no indemnización de la revocación o invalidación de títulos precarios.

La doctrina clásica ha diferenciado a la concesión administrativa de la autorización, al calificar a la primera como creadora de un derecho nuevo (o bien como la entrega de una potestad que antes estaba radicada en la Administración) y la segunda como la remoción de una prohibición para el ejercicio de un derecho preexistente²⁵⁴. Esta doctrina ha sido problematizada por la profesora García.

La profesora García señala que la distinción basada recién descrita conduce a equívocos²⁵⁵. Caracterizando a la autorización y a la concesión como técnicas propias de la policía administrativa destinadas a una determinada modalidad de intervención de la Administración²⁵⁶, para la autora la distinción entre autorización y concesión estaría obsoleta, pues perdería de vista que el objeto de la cuestión no está en la denominación, sino que más bien en su función específica de cara a la finalidad pública del sector regulado²⁵⁷. Dentro de las distinciones posibles -que la académica considera obsoletas- entre ambos títulos sería su nivel de precariedad, esto es criticado, en la medida que no por la denominación de algo como autorización o concesión esta va a ser un acto unilateral de tolerancia estatal²⁵⁸²⁵⁹. No obstante, consideraré que, si bien puede no ser cierto respecto de todos los títulos calificados como autorizaciones

²⁵³ GARRIDO, F. op cit. pp. 25-30.

MEILAN, J. 1973. Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (a propósito de las centrales lecheras). Revista de administración pública (71):59-100. pp. 80-84.

²⁵⁵ GARCÍA, M. 1997. La Naturaleza Jurídica de la Autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público. Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña (1):337-352. p. 350

²⁵⁶ Ibid. P. 338-339.

²⁵⁷ GARCÍA, M. op cit. p. 349-351.

²⁵⁸ GARCÍA, M. op cit. p. 342

²⁵⁹ La Profesora Dominique Hervé en su celebre Justicia Ambiental y Recursos Naturales ha enunciado que una de las problemáticas del Derecho Administrativo contemporánea está en la diferenciación entre las autorizaciones de ocupación -que son de un tipo diverso a las RCA por supuesto- y las concesiones administrativas, siendo justamente el centro de esta cuestión la presencia de derechos adquiridos y la naturaleza precaria o no. Véase HERVÉ, Op cit. pp. 203-204. Esto naturalmente es útil para sostener la precariedad como criterio de demarcación respecto de las concesiones.

administrativas, la RCA si es conceptualizable dentro de un conjunto de títulos caracterizados por su precariedad ²⁶⁰-que llamaré durante este trabajo autorizaciones- en oposición a otros que dan derechos y garantías -que llamaré durante este trabajo concesiones-. Cuando se habla de relativa precariedad no queremos decir que el titular carezca de interés solo que su *interés* carece de una protección especial *al modo* de una libertad negativa, debiendo su interés ser ponderado junto con otros elementos en el marco de un procedimiento administrativo.

En la doctrina nacional la concesión suele caracterizarse por recaer sobre el dominio público²⁶¹, sobre un sector publicado (como la concesión de obra pública) o bien sobre un servicio público (aunque no esté publicado)²⁶² Siguiendo al profesor Moraga, la concesión puede ser constitutiva o traslativa -cuestión que echa por tierra la distinción original basada en la preexistencia o no del derecho- además de poder soportar distintos grados de precarización ²⁶³, matizaré esto último, a efectos de proponer una distinción en la medida que en general la concesión da un derecho real de propiedad sobre la misma (como sucede materia de recursos naturales)²⁶⁴ así como dar además una serie de derechos subjetivos de garantía²⁶⁵ por aplicación de principios de la contratación administrativa en las concesiones que implican el desarrollo de una actividad de prestación de servicios de parte del concesionario.²⁶⁶ Por lo anterior, se abordará a la autorización administrativa- RCA como algo distinto a las concesiones, debido a que la generalidad de las concesiones *dan* derechos (reales o subjetivos) que les otorgan un status distinto a esta autorización administrativa que tiene un carácter mucho más precario²⁶⁷ como veremos a continuación.

Se ha caracterizado a la RCA como una autorización administrativa con las siguientes características:

Los autores Mardones y Cannoni se refieren a la RCA como una *autorización de funcionamiento* que implica la sujeción del sujeto autorizado al contenido de la RCA que es a su vez es una *autorización constitutiva* en la medida que se crean una serie de derechos y obligaciones para las partes.²⁶⁸

La autora Sepúlveda -en cuyo trabajo está en mi opinión la mejor caracterización de la naturaleza jurídica de la RCA-, por su parte, profundiza esta caracterización, de esta forma la naturaleza *constitutiva* se vería reforzada por la discrecionalidad técnica en la RCA, de esta forma “las cláusulas contenidas en la RCA no

²⁶⁰ Siguiendo la conceptualización -aunque de forma inversa al autor-del profesor Fernandois. En FERNANDOIS, A. 2005. Invalidez administrativa y caso Celco. Estabilidad o precariedad de los permisos ambientales. Sentencias Destacadas. Libertad y Desarrollo: 9-30.

²⁶¹ ZÚÑIGA, F. 2005. Constitución y dominio público (Dominio público de minas y aguas terrestres. Revista *Ius et Praxis* 11(2):65-101.

²⁶² MORAGA, C. 2007. La concesión. En: *Contratación Administrativa*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp. 40-52.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ HERVÉ, D. 2015. Derecho de propiedad privada sobre el título concesión. En: *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso. pp. 235-238.

²⁶⁵ Como el principio pro concesión o el del “equilibrio contractual”

²⁶⁶ MORAGA, C. 2007. Los derechos del contratante particular. En: *Contratación Administrativa*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp. 246-260.

²⁶⁷ En este sentido estamos con la tesis criticada por Fernandois. En FERNANDOIS, A., op cit p. 16.

²⁶⁸ 34. MARDONES, M. y CANNONI, N. 2016. Caducidad de la resolución de calificación ambiental y reglamento del SEIA. *Revista Chilena de Derecho* 43(2):575-60. Pp. 579-580

pueden ser consideradas como condiciones estrictamente regladas, por cuanto en su determinación interviene en mayor o menor grado la autoridad ambiental²⁶⁹, quedando el régimen jurídico de la actividad crecientemente determinado por la propia autorización”²⁷⁰. Respecto de la naturaleza de ser una autorización de funcionamiento es que Sepúlveda nos ofrece una claridad extraordinaria sobre la naturaleza jurídica de la RCA, así esta “podría perder con el transcurso del tiempo la debida correspondencia entre lo dispuesto en la norma atributiva de la potestad de evaluación ambiental y las circunstancias supervinientes”²⁷¹. Así la autorización en cuestión, como la obligación fiscalizar el permanente cumplimiento de la normativa ambiental debe entenderse que cuando se produzca un desajuste entre la RCA y el Derecho Objetivo esta situación no le dará al particular un derecho adquirido sobre la situación jurídica²⁷², sino que, para Sepúlveda, se requiere que se dicte un nuevo acto autorizatorio -de ser posible y previo procedimiento administrativo de calificación- que sea conforme al Derecho Objetivo²⁷³, o bien como veremos más adelante, la autora plantea la posibilidad una *invalidación sobreviniente*. De esta forma lo autorizado no puede ser distinto al cumplimiento de la ley que aplica al sector, y no se pueden alegar *derechos adquiridos* para restringir la vigencia del Derecho Ambiental.

La naturaleza de reglada o discrecional es discutida, de esta forma autores como Fuentes y Carrasco y Herrera llegan a plantear que la RCA es de naturaleza reglada. De la naturaleza reglada (que no comparto pues estoy en esto con la tesis de Sepúlveda) no se desprende una diferencia que signifique una naturaleza “no precaria”, por lo que esta distinción no es relevante para este trabajo. Pues en definitiva, cualquiera que sea la conceptualización tomada no hace mucho más que señalar la forma interna -en tanto derivabilidad más o menos directa a las normas más generales- del bloque de juridicidad.

La naturaleza relativamente *precaria* de la autorización administrativa ambiental queda en evidencia revisando el catálogo de sanciones, al ser la sanción mayor a la que se somete el particular la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental, Artículo 39, letra a, de la LOSMA, resulta claro que no existen derechos adquiridos sobre la RCA así como tampoco un derecho de indemnización del titular. En un nivel teórico esto encuentra su fundamentación en que, si bien la RCA es una autorización constitutiva, el objeto constituido no es un derecho real o subjetivo de garantía, sino que un título de tolerancia de la actividad que habilita la operación de la actividad en la medida que el particular cumpla con la normativa ambiental.

En este sentido afirma Sepúlveda “se ha manifestado que el particular no es titular de un derecho subjetivo preexistente, que es incompatible con la discrecionalidad administrativa, consustancial a las autorizaciones. Es solo titular de un interés legítimo a la adquisición futura del derecho, que se perfeccionará en el

²⁶⁹ SEPÚLVEDA, D. 2019. Op. Cit. p.7.

²⁷⁰ SEPÚLVEDA, D. 2019. Op. Cit. p.7.

²⁷¹ SEPÚLVEDA, D. 2019. Op. Cit. p.10

²⁷² SEPÚLVEDA, D. 2019. Op. Cit. p.12

²⁷³ SEPÚLVEDA, D. 2019. Op. Cit. p.19

otorgamiento de la autorización”²⁷⁴, para luego discurrir sobre la configuración de un derecho que “la intervención administrativa más que comprobar o declarar una previa situación jurídica, parece venir a conformarla”²⁷⁵, luego señala que incluso si se reconociera una especie de *derecho preexistente* este no sería más que un poder genérico -o un interés- que no podría ser usado en la forma que la autorización dispone sin su título habilitante.²⁷⁶ Respecto de la relativa precariedad la autora refiere expresamente a este punto en la siguiente referencia “en el sentido que el derecho no es reconocido de una vez por todas sino que, a lo largo del desarrollo de la actividad la autorización se condiciona al mantenimiento de las circunstancias y motivos que justificaron su otorgamiento”²⁷⁷²⁷⁸, siendo por consiguiente justificable la extinción de la RCA el dejar de adecuarse a los requisitos, condiciones y fines que la hicieron posible²⁷⁹, posibilitando la institución de la *invalidación sobreviniente*²⁸⁰²⁸¹. De esta forma existe una obligación de adecuación permanente de la Resolución a los antecedentes, hechos y condiciones que la justificaron, basada en una naturaleza de tracto sucesivo de la RCA.²⁸²

En un sentido semejante Carrasco y Herrera han señalado que la RCA “ Es una autorización administrativa sujeta a obligaciones o condiciones que, de mediar ciertos cambios en el entorno durante la ejecución del proyecto, debe irse ajustando a las variables ambientales evaluadas en el plan de seguimiento si diversas variaciones sustantivamente en relación a lo proyectado o no se verificaron en la forma prevista”²⁸³

4. *Discusión*

En este apartado enfrentaremos el enfoque sobre la RCA que se ha venido proponiendo con la tesis del profesor Fernandois que propone que la RCA configuraría derechos adquiridos y con una tesis propuesta

²⁷⁴ SÉPULVEDA, D. 2012. Supuestos que determinan la entrega de una RCA favorable de acuerdo a la vía de ingreso al SEIA. En: *Invalidación sobreviniente: el caso de la resolución de calificación ambiental*. Santiago, Abeledo Perrot. pp. 17-36. P. 32

²⁷⁵ Ídem p. 33

²⁷⁶ Ídem p. 34

²⁷⁷ Ídem. P.34.

²⁷⁸ En un sentido, respecto de este punto semejante la profesora Jessica Fuentes ha señalado que “Así las cosas, la RCA no confiere un derecho adquirido a las condiciones y deberes impuestos en el momento de la evaluación, porque claramente ella depende de circunstancias cambiantes que importarán una modificación del supuesto de hecho y, por ende, de la base fundante de la decisión y del acto que él importa. No puede admitirse que la Administración en materia ambiental confiera a sus actos la fuerza material de cosa juzgada que el juez confiere a la sentencia, pues, mientras que ésta se refiere normalmente a un hecho claramente circunscrito, perteneciente al pasado y, por tanto, invariable de facto, la Administración se encuentra ante circunstancias que escapan a una delimitación temporal hacia el futuro y que, por lo mismo, permanecen variables” Véase. FUENTES, J., Op cit.

²⁷⁹ SÉPULVEDA, D. 2012. La causa del acto administrativo. En: *Invalidación sobreviniente: el caso de la resolución de calificación ambiental*. Santiago, Abeledo Perrot. pp. 52-60. p. 60

²⁸⁰ SÉPULVEDA, D. 2012. La invalidación sobreviniente. En: *Invalidación sobreviniente: el caso de la resolución de calificación ambiental*. Santiago, Abeledo Perrot. pp. 88-116.

²⁸¹ Para la profesora Fuentes no estaríamos ante una “invalidación” propiamente tal debido a que “no se puede afirmar que se haya cometido una ilegalidad en el actuar, ni se haya cometido un error de apreciación, dado que acá se habla de un cambio de situación, lo que implica que el acto se dictó conforme a las circunstancias existentes en el momento de la evaluación.” Pero con todo el acto autorizatorio perdería su fuerza vinculante. Véase FUENTES, J., OP CIT: Con todo para efectos de este trabajo hablaremos de “invalidación sobreviniente” pues estamos en lo medular de acuerdo con Sepúlveda, siendo la naturaleza “invalidatoria” o “revocatoria” del acto poco relevante para efectos de este trabajo, estando el centro en la cuestión en la naturaleza precaria del acto autorizatorio.

²⁸² SÉPULVEDA, D. 2012. *Invalidación sobreviniente: el caso de la resolución de calificación ambiental*. Santiago, Abeledo Perrot. pp. 66-98.

²⁸³ CARRASCO, E., y HERRERA, J., op cit.

por Cannoni y Mardones, según la cual a los procedimientos sancionatorios tendientes al término de la autorización (la caducidad-sanción) le serían extensibles las garantías del derecho penal (aunque matizadas).

El enfoque propuesto tiene algunas consecuencias prácticas como las que veremos a continuación:

4.1. RCA, precariedad o estabilidad.

El profesor Fermandois²⁸⁴ llegó a señalar hace ya varios años a propósito del caso Celco de 2005 -no el de 2020- en un texto homónimo a este epígrafe que “la RCA es un acto administrativo constitutivo de derechos, que no puede ser modificado unilateralmente por la autoridad sin afectar derechos constitucionales relevantes, como la propiedad, el debido proceso, el derecho a desarrollar una actividad económica y otros”²⁸⁵, la consecuencia del enfoque propuesto por Fermandois pasa por considerar a la invalidación vulneraría la exclusividad de la jurisdicción, afectaría al debido proceso, y privaría de derechos adquiridos al particular²⁸⁶. Llegando a sostener que existiría una suerte de derecho de propiedad sobre la Resolución de forma que el acto dictado conforme a Derecho no podría ser invalidado -ni afectarse en su esencia- por cambios en las circunstancias o cambios futuros en el derecho aplicable.²⁸⁷ El enfoque planteado en este trabajo no puede ser más distinto al de este autor, respecto de la exclusividad de la jurisdicción, este argumento es idéntico al que plantea Soto Kloss respecto de la inconstitucionalidad del poder sancionatorio por lo que damos superado, en la medida que la actividad formal de la Administración no significa una suplantación de la función judicial²⁸⁸ al particular respecto de actos administrativos-ambientales desfavorables en general, así como de la sanción en particular²⁸⁹.

En cuanto a las consecuencias, la adopción del enfoque de Fermandois supone un enorme riesgo, en palabras de Sepúlveda “nadie puede adquirir legítimamente, y menos a través de un simple instrumento autorizador, el derecho a dañar a otro o crear situaciones permanentes de riesgo para terceros. La norma posterior que incide sobre la actividad autorizada no sólo afecta algo que ya estaba, sino también algo que está siendo y que debe seguir siendo conforme en todo momento al interés general”²⁹⁰. Respecto al cambio en la RCA por cambios en el medio ambiente, el Artículo 25²⁹¹ quinquies²⁹² de la Ley N° 19.300, por lo cual tampoco puede decirse que existan derechos adquiridos si cambia el medio ambiente y no la ley, cuestión que además es señalada por Sepúlveda²⁹³. A mayor Abundamiento y siguiendo a Fuentes este tipo

²⁸⁴ Véase también Sé, D. 2019., op cit.

²⁸⁵ FERMANDOIS, A., op cit p. 17.

²⁸⁶ FERMANDOIS, A., op cit p. 22

²⁸⁷ FERMANDOIS, A., op cit pp.26-29.

²⁸⁸ Sobre el contenido de este debido proceso -en el marco del procedimiento administrativo- se hará referencia en el capítulo siguiente.

²⁸⁹ Esto es algo que el autor no pudo haber tenido en vista al momento de escribir su texto, en la medida que los tribunales ambientales y su sistema recursivo, así como la SMA son posteriores al texto en comentario.

²⁹⁰ SEPÚLVEDA, D. 2019. Op. Cit. p.12

²⁹¹ Esto es algo que el autor tampoco pudo haber tenido en vista al ser una modificación de la Ley N° 20417 del 2010.

²⁹² En este sentido véase FUENTES, J., Op cit.

²⁹³ SEPÚLVEDA, D. 2019. Op cit p.

de interpretaciones supondrían una especie de propiedad sobre el ordenamiento jurídico, cuestión que desconoce la potestad regulatoria de los organismos ambientales²⁹⁴. Adicionalmente presupone un objeto de protección como libertad negativa-desregulación que como se ha señalado no es propio de nuestro Derecho Ambiental.

En definitiva cabe recordar la máxima sostenida por ambas autoras citadas, a saber, que no hay derechos adquiridos en la RCA, estando el enfoque de Fermeadois superado, a mayor abundamiento nuestros tribunales ambientales:

- En este sentido el primer Tribunal Ambiental en el caso Pascua Lama, en sus considerandos 327-328 sobre la temporalidad de la infracción, corroborándose esta *in actum* de esta forma una ulterior modificación de la RCA – y menos aún una consulta de pertinencia²⁹⁵- no otorga un *derecho* o garantía al titular frente a hechos infraccionales ya acaecidos. En una parte mas evidente, es importante recordar que la sentencia deja intacta la sanción de clausura definitiva del proyecto -que si bien no es una *revocación* por lo que en el mundo jurídico la RCA sigue existiendo- activa el cierre y el monitoreo post-cierre de Pascua Lama al verificarse que esta medida era la única susceptible de tutelar el bien jurídico medio ambiente, siendo la mantención del proyecto contrario al O.J. ambiental , así es la lesión a los intereses del titular *sólo* un elemento considerado en el procedimiento administrativo que, por una parte sede al interés público y por otro no da derecho a indemnización o a garantías especialísimas que den un peso mayor a su libertad económica como desregulación -esto no está explícito en la sentencia, pero ninguna judicatura sostiene la indemnizabilidad por sanciones administrativas como la revocación, la caducidad o la clausura-(CC. 361-371).

En la sentencia del caso CELCO de 2020, en lo que nos importa caracteriza a la RCA como un título que implica un elevado deber de cuidado al titular respecto del medio ambiente, de esta forma en lugar de entregar garantías ante la administración, la RCA es creadora más bien de una suma de deberes de prevención (C. 76), en el mismo sentido el considerando luego añade que el cumplimiento de la RCA se identifica con la prevención de riesgos sobre el medio ambiente, lo contrario es sancionable (C. 89), esta sentencia también refiere a que las consultas de pertinencia no constituyen un título autorizatorio (C. 173). Sobre este punto volveremos a propósito del status de *sujeto calificado*. Es importante señalar preliminarmente que como hemos citado la Sentencia 140-2016 también reconoce en la RCA más una relación de sujeción especial con deberes específicos al particular que una situación jurídica consolidada - esto sin perjuicio de la aplicación en esta sentencia del principio de tipicidad, cuestión que será analizada en detalle en el próximo capítulo.

²⁹⁴ FUENTES, J., Op cit.

²⁹⁵ La naturaleza jurídica de las consultas de pertinencia no es el objeto de este trabajo, pero si se quiere revisar un argumento sobre la naturaleza no modificadora, calificadora o autorizatoria de esta consulta revítese el considerando 330 de la sentencia de Pascua Lama.

En definitiva, la RCA se identifica con la tutela preventiva del medioambiente/O.J. Ambiental y no crea derechos, sino que cargas o condiciones que permiten -o toleran la actividad en la medida que se ajuste al bloque normativo ambiental.

4.2. Sobre la “caducidad sanción” y las garantías aplicables.

Cannoni y Mardones, quienes como hemos enunciado han caracterizado correctamente a la RCA señalan respecto del Artículo 3, letra l, de la LOSMA²⁹⁶ y en el Artículo 25 ter de la Ley 19.300²⁹⁷ serían supuestos de caducidad-sanción, esto pues la importarían un juicio sobre la negligencia del titular²⁹⁸, cuestión que traería una serie de efectos por la aplicación de las garantías penales e interpretaciones restrictivas que afectarían al RSEIA -llegando a sostener que el RSEIA contendría vicios de juridicidad-.²⁹⁹

Sin pretender entrar en la discusión reglamentaria sobre la reserva legal no puedo dejar de para luego discutir la tesis *garantista* de los autores relevar las siguientes afirmaciones desde su trabajo: Estamos ante una relación de sujeción especial, de manera que la actividad administrativa se ejerce conforme al O.J. ambiental permitiendo la ejecución del proyecto y que sin la autorización no estaría habilitado a ejecutarlo³⁰⁰. En cuanto a la caracterización de la naturaleza jurídica de la RCA se señala que es un acto administrativo de doble efecto -implicando tanto medidas favorables como desfavorables al titular-³⁰¹, además de una autorización de funcionamiento -que implica un sometimiento estricto a la RCA-³⁰², y ser una autorización constitutiva en la medida que es creadora de una relación jurídica *estable y duradera* cuestión que *asemejaría a la RCA a un título concesional*³⁰³.

Es respecto de estos últimos puntos sobre la naturaleza constitutiva que parece estar la principal diferencia con los autores -además de una probable diferencia sobre la naturaleza del DAS- en la medida que en la *constitución* de la autorización parecen ver la consolidación de una situación jurídica que sería digna de una protección especial de parte del O.J. al modo de las concesiones por alguna razón; en cambio yo veo en esta *constitución* la configuración de una relación de sujeción especial marcada -como se ha dicho en reiteradas ocasiones- por su relativa precariedad, al solo poder ejecutarse la actividad en estricto cumplimiento del título habilitante-. De esta forma ante un incumplimiento grave de la RCA la *estabilidad* cedería en último

²⁹⁶ “La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones [...] l) Requerir al Servicio de Evaluación Ambiental, la caducidad de una Resolución de Calificación Ambiental, cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o actividad autorizada y en los demás casos en que, atendida la magnitud, gravedad, reiteración o efectos de las infracciones comprobadas durante su ejecución o funcionamiento, resulte procedente”

²⁹⁷ “La resolución que califique favorablemente un proyecto o actividad caducará cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o actividad autorizada, contado desde su notificación.”

²⁹⁸ CANNONI y MARDONES, op cit. p. 587-588.

²⁹⁹ Idem pp. 589-593.

³⁰⁰ Idem p. 577

³⁰¹ Idem p. 578

³⁰² Idem p. 579

³⁰³ Idem p. 581.

término ante la integridad del O.J. ambiental, como se verá (y se ha visto) durante todo el trabajo sin otorgar garantías especiales.

5. *Del régimen de sujeción especial al sujeto calificado*

En este epígrafe referiré específicamente a como de la relación de sujeción especial, autorizatoria devenida de un procedimiento administrativo iniciado a petición del titular, genera una relación especial con el Derecho (y determinados deberes de conocimiento) cuestión que será relevante para considerar inútiles determinadas garantías penales.

Otro aspecto relevante a resaltar es el estatus de sujeto calificado que ha sido reconocido ampliamente por nuestros tribunales ambientales, pero ha tenido poco desarrollo dogmático propiamente ambiental -más si en el Derecho Administrativo general- y en la jurisprudencia, adjuntaré una tabla para, de forma enunciativa, esbozar el concepto:

En la doctrina ambiental una de las mejores conceptualizaciones del tema lo encontramos en Carrasco y Herrera y Moya

Para Carrasco y Herrera el estatus de sujeto calificado se justifica de la siguiente manera “la dictación de una RCA importa la realización de un procedimiento administrativo reglado [sic] que se inicia una petición de parte por el titular, en el cual se fijan las condiciones técnicas y jurídicas de su actividad o proyecto. De ahí que el legislador, y materialmente la Administración ambiental, le imponen a quien pretende ejecutar esa actividad un estándar especial de cuidado (sujeto cualificado) respecto de los bienes jurídicos que se pretenden tutelar por medio del SEIA. Por eso es que el titular de un proyecto no podría alegar ignorancia o desconocimiento de las normas que informan su actividad, desde que se encuentra en una situación jurídica especial al respecto”³⁰⁴

Moya, -comentando la Sentencia del fallo Bocamina- releva que, para la Corte, la intencionalidad se pruebe en función del conocimiento del titular el Derecho aplicable, es deseable desde una perspectiva responsiva³⁰⁵.

En doctrina administrativo sancionatoria y para referir a la configuración del tipo subjetivo -como se ha adelantado en el apartado sobre *culpabilidad* en el capítulo 1- se ha planteado que la relación de sujeción especial sitúa al particular respecto del conocimiento del sector de una forma diferenciada de lo que estaría en otros espacios, así:

³⁰⁴ CARRASCO, E., y HERRERA, J., op cit.

³⁰⁵ MOYA, F. 2017. La aplicación de principios del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador. Comentarios a partir del último fallo Bocamina. Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales 227-239. 236-237.

Para Londoño en materia regulatoria en general los agentes adhieren al subsistema regulado -como es el caso de la RCA- por lo que han podido ponderar las ventajas y riesgos del sistema, e informarse en general.³⁰⁶ Para Letelier: “en el ámbito administrativo de lo que se trata es precisamente que los intervinientes tengan incentivos para conocer y aplicar esas normas jurídicas internalizando directamente los costos de ese conocimiento”³⁰⁷³⁰⁸

La forma de internalización y la ponderación de ventajas y riesgos del sistema se realiza sin dudas en el marco de la evaluación ambiental, un titular de un proyecto *necesariamente* conoce el Derecho Aplicable a su RCA de lo contrario no habría obtenido la calificación favorable, cuestión que tiene como consecuencia el estar sometido a un régimen de derecho estricto en el marco de una autorización precaria.

6. *Alguna jurisprudencia sobre “sujetos calificados”.*

De la lectura de lo dicho hasta ahora y de la tabla (en el anexo 1) podemos aventurarnos a enunciar lo siguiente:

El carácter de sujeto calificado viene determinado por un conocimiento de la actividad desarrollada, este conocimiento, permite configurar el elemento subjetivo (particularmente la intencionalidad) permitiendo presumir voluntariedad del particular estableciendo un deber de conocimiento de la operación y la ley más estricto que el estándar que se le aplica a la generalidad de la población.

Si bien en la sentencia R- 74-2018 del 3TA la SMA al momento de sancionar no consideró al particular como *sujeto calificado*, construyendo su responsabilidad (y deber de conocimiento) en base a su conducta anterior y la R-196-2018 consideró como sujeto calificado a una persona distinta del sujeto autorizado³⁰⁹, en el resto de las Sentencias y en particular en la R-174-2018 parece resultar evidente que la RCA como autorización administrativa es la creadora del régimen de sujeción especial importa un modo de relacionarse del titular con el sector siendo presumible un conocimiento del mismo.

7. *Algunas conclusiones.*

Para finalizar este subcapítulo ofreceré algunas conclusiones que buscan ser una sistematización de lo expuesto, en particular como desde el ser la RCA una autorización *administrativa* se desprende la consecuencia de *no ser aplicables las garantías penales*.

³⁰⁶ LONDOÑO, F., Op cit p. 164.

³⁰⁷ LETELIER, R. 2017, op cit p.665..

³⁰⁸ En un sentido semejante VAN WEEZEL, A., Op cit p. 1010.

³⁰⁹ En el caso una persona jurídica estaba ejecutando materialmente el proyecto, pero la RCA había sido otorgada a una persona natural -que de todos modos se identificaba materialmente con la persona jurídica- ; de esta forma la SMA sancionó a la persona jurídica que estaba materialmente ejecutando el proyecto y no al sujeto autorizado por la RCA, cuestión que fue confirmada por el Segundo Tribunal Ambiental, con todo, el caso es claramente una anomalía provocada por un actuar irregular de los particulares.

En definitiva se plantea que ante la ausencia de un derecho merecedor de una especial tutela constitucional en tanto autonomía desregulada de forma que no existe la actividad económica como desregulación como un objeto de protección especial en el derecho ambiental. Dado lo anterior subsiguiente justificación del ejercicio de la actividad económica es solo conforme al Ordenamiento Jurídico por lo que no se pueden justificar las garantías del paradigma penal en la medida que como hemos dicho estas se predicen de modelos de libertad negativa. El enfoque propuesto a este respecto se sostiene, en síntesis, -y explicitando que está a este respecto fuertemente influido por Sepúlveda, Fuentes y Carrasco y Herrera- de la siguiente manera:

- La autorización administrativa supone un modo específico de desarrollar la actividad, siendo el resto de las conductas -no ajustadas al modo de desarrollar la actividad- antijurídicas.
- El modo específico se identifica con el contenido de la RCA además de toda la normativa ambiental vigente.
- El titular del proyecto, es un sujeto autorizado o calificado, que ha proporcionado la información para obtener la calificación ambiental favorable.
- El titular como sujeto autorizado se somete a un régimen de derecho estricto que consiste en una tolerancia estatal de su actividad en la medida que cumpla la normativa ambiental vigente y su propia RCA.
- No resulta tolerable que el titular -quien además necesariamente, en tanto la ha elaborado conoce el contenido y el Derecho aplicable a la RCA- pueda alegar su propia ignorancia como título para eludir su responsabilidad por una actividad u omisión antijurídica.³¹⁰
- La sanción administrativa más grave implica la revocación³¹¹ de la autorización, el fundamento está en una no adecuación de la conducta del titular respecto del título que habilita el desarrollo de la actividad económica.
- Como la relación de sujeción especial deviene de un título autorizatorio de carácter precario y de una subjetividad calificada no puede acogerse la tesis de las garantías penales, en la medida que no hay afectación a derecho fundamental alguno, al ser, en último término la sanción más grave una remoción de una habilitación de un derecho que solo existe -y es exigible- en la medida que respeta

³¹⁰ En este punto marcamos un matiz con la jurisprudencia citada, en la medida que consideramos que todos los titulares deberían ser considerados sujetos calificados.

³¹¹ Existe una cuestión no resulta a efectos dogmáticos sobre la distinción entre clausura definitiva y revocación. Hablaré de la revocación como más grave y como núcleo teórico porque afecta directamente la autorización administrativa y permite una mejor inteligencia de la relación de sujeción especial que tratamos de describir.

el Derecho Objetivo y las circunstancias que le dieron validez, que además por el tipo de actividad y la naturaleza de la relación de sujeción especial el titular debía conocer.

- Lo contrario sería sostener que la actividad económica objeto de la autorización tiene un peso jurídico igual o superior a la vigencia del Ordenamiento Jurídico ambiental y sus bienes jurídicos colectivos, de esta forma, la aplicación de garantías penales al DAS ambiental contendría una contradicción de lógica interna.

Subcapítulo 2: Objeciones a la suficiencia del Derecho Administrativo Sancionador para lograr su autonomía y propuestas desde el Derecho Administrativo Sancionador Ambiental.

Habiendo analizado la justificación teórica y regulatoria del DAS Ambiental se intentará en este subcapítulo abordar y subsanar algunas críticas particularmente interesantes al enfoque que hemos propuesto, para así poder abordar de mejor manera los principios aplicables en el próximo subcapítulo.

1.1. Sobre la aplicación del principio de *oportunidad* y la legitimidad de sanciones en cuestiones interpretables.

El profesor Alex Van Weezel a quien se ha citado de forma habitual en este trabajo, presenta las siguientes objeciones -pese a sostener la diferencia del DAS respecto del derecho penal que merecen especial atención:

Sostiene el autor que en materia administrativo-sancionadora aplicaría el *principio de oportunidad*, existiendo discrecionalidad en la determinación de la persecución sancionatoria, siendo potestativo de la agencia sancionatoria el iniciar la persecución, cuestión particularmente indeseable -en tanto susceptibilidad de afectación de determinados bienes jurídicos- la dependencia política de la Administración respecto del gobierno de turno³¹². Respecto de este punto, en la R-52-2017 el Tercer Tribunal Ambiental ha acogido la tesis de la reclamabilidad sobre el no inicio del procedimiento sancionatorio cuando existan antecedentes graves³¹³, cuestión que entrega una garantía general de control de la motivación sobre la decisión de sancionar, aunque reconoce la discrecionalidad administrativa.

El profesor Iván Hunter ha sistematizado los criterios de los tribunales además de dar una propuesta sobre el principio de oportunidad en materia sancionatorio-ambiental. El académico reconoce la existencia del principio y encuentra su fundamento en la necesidad de una Administración adaptativa (responsiva) que pueda usar de forma eficiente sus medios para lograr la función preventiva del DAS, releva la importancia de las herramientas distintas a la sanción para la satisfacción del interés público³¹⁴.

³¹² VAN Weezel, A., Op cit p. 1015

³¹³ OSORIO, C., 2019. Salmenes Camanchaca SA en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente. Jurisprudencia sobre Tribunales Ambientales, Derecho Administrativo Sancionador Ambiental <<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=L.ALEY%2F2018%2F42494546%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#>> [consulta: 15 octubre 2020].

³¹⁴ Ibid. Pp. 9-16.

A mayor abundamiento y a modo enunciativo, la jurisprudencia reciente del Tercer Tribunal Ambiental viene a darnos nuevos mecanismos al respecto, en Gervana del Carmen y otros contra la SMA rol R-18-2019 se ha llegado a sostener que si bien, en principio, es cierto que la SMA tiene un ámbito de discrecionalidad en la persecución de infracciones en materia ambiental, también es cierto que en caso de denuncias de parte de otros particulares se ha entendido (desde una interpretación del Artículo N° 47, inciso final de la LOSMA) que se debe *originar* un procedimiento sancionatorio, en la medida de que la denuncia tenga seriedad y mérito suficiente (C. 18-28). De esta forma tal como sostiene Hunter el principio de oportunidad no podrá ser empleado en caso de denuncias.

Así la aplicación de este principio solo será posible en los casos en que o bien no exista una afectación a un bien jurídico tutelado o el titular se haga cargo de los efectos adversos³¹⁵. El principio no podrá ser aplicado cuando existan denuncias³¹⁶ y la decisión de no iniciar el procedimiento será siempre controlable ante los tribunales ambientales.³¹⁷

Otra propuesta del profesor Van Weezel refiere a que se debe evitar las infracciones-sanciones basadas en discrepancias interpretativas³¹⁸, de forma que “las sanciones deben quedar reservadas para aquellos ámbitos que encuentren suficientemente formalizados en la regulación, o bien, donde se cuenta con interpretaciones vinculantes para todos los involucrados”³¹⁹, a este respecto, se considera que esto no es necesario por las siguientes razones: El profesor Letelier en un célebre “La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno”, nos entrega una respuesta que sirve para subsanar la crítica de Van Weezel: En la medida que el autor plantea para hablar de nulidades es importante dirimir entre un aspecto subjetivo y uno institucional. De esta forma es natural que las personas que habitan el mundo jurídico tengan ideas diversas sobre la adecuación de determinados hechos con determinadas normas, siendo esto una invalidez *subjetiva*. Operativamente, en cambio, la validez desde un punto de vista institucional, considerando el hecho intersubjetivo que es la realidad jurídica, está determinada por normas de adjudicación sobre el control de los actos administrativos, de manera que se cristalizará en la realidad jurídica como fundamento de validez aquel que sea adoptado por, en nuestro caso, la Corte Suprema³²⁰, y en un primer término en materia ambiental los Tribunales Ambientales.

Si bien la tesis de Letelier es polémica -en la medida que podría decirse que plantea que el Derecho es lo que los jueces dicen que es-, en particular respecto del rol que otorga a los jueces -cuestión que es subsanable relevando el rol de las normas de adjudicación, y la discrecionalidad judicial en sentido hartiano-, no es

³¹⁵ HUNTER, I., 2020, Op cit. 20-22.

³¹⁶ Ibid. Pp. 22-24.

³¹⁷ Ibid. Pp. 24-26.

³¹⁸ VAN WEEZEL, A., Op cit p. 1029.

³¹⁹ VAN WEEZEL, A., Op cit p. 1030.

³²⁰ LETELIER, R. 2013. Presupuestos metodológicos para el análisis de la nulidad en el Derecho Administrativo. . En: La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno Ed. por Juan Carlos Ferrada Borquez. SantiagoLegal Publishing: 11-28.

menos cierto que su distinción resulta útil y no resulta tan cuestionado si lo reconducimos al adagio según el cual “El Derecho es lo que es y no lo que queremos que sea”, que si bien es una simplificación del Derecho, resulta ilustrativo a este respecto. Volviendo a referir a la tesis de Van Weezel desde el enfoque de Letelier, en definitiva, la nulidad subjetiva solo tiene validez en la medida que se institucionaliza, así las cosas, las pretensiones subjetivas sobre la invalidez -en cuanto diferencia interpretativa- de los actos sancionatorios no son controlables *ex ante*, sino que *ex post* encontrándose su garantía justamente en la revisabilidad de los actos administrativos sancionatorios en los Tribunales Ambientales³²¹.

Una última objeción a relevar desde Van Weezel dice relación con la afectación de DD.FF³²² considero que en materia ambiental, dada la naturaleza precaria de la RCA -y siendo la revocación de la misma la sanción más gravosa- no puede decirse que haya una afectación al derecho fundamental del 19 N° 21 sino que más bien su ejercicio pues el derecho se desarrolla “de la forma establecida en la ley” y no de una forma distinta.

1.2. Sobre la fragmentación del Derecho Administrativo Sancionatorio, las medidas de mero restablecimiento y la igualdad ante la ley.

El profesor Cristián Román, a quien cité al principio de este trabajo, en un trabajo reciente en materia administrativo-sancionadora ha defendido la mantención de la aplicación de las garantías penales, que axiológicamente no dialoga con el enfoque³²³ que hemos propuesto, se procederá a discutir los siguientes puntos:

En primer lugar, afirma que no se ha configurado una teoría general de la sanción administrativa, encontrándose este derecho disperso en distintos ordenamientos sectoriales, por lo cual entre los particulares sancionados por una u otra agencia habría una desigualdad ante la ley³²⁴.

Ante esta objeción, desde este estudio, no cabe más que decir que la sanción ambiental tiene una fenología propia que la distingue de lo que puede ser una sanción en otro ámbito, esto es debido que tal como señalan los citados trabajos de Soto Delgado³²⁵ y Rojas Calderón³²⁶, el DAS ambiental está llamado a administrar riesgos específicos y relativos a una ponderación institucional específica, en la cual el procedimiento sancionatorio se ve tensionado por cuestiones puramente sectoriales como, siguiendo a Hunter,³²⁷ la aplicación del principio precautorio, véase de forma ilustrativa la ponderación institucional que destaca bienes jurídicos específicamente ambientales que hemos citado a propósito del caso Pascua Lama. Por lo que no sería adecuado, y de hecho afectaría el derecho a la igualdad el aplicar al DAS ambiental los principios

³²¹ Tal como sostiene LETELIER, 2017, op cit. p.

³²² VAN WEEZEL, A., Op cit p. 1019.

³²³ En la medida que el centro de la discusión está en la naturaleza jurídica de la Sanción.

³²⁴ ROMÁN, C. 2020, op cit p. 158.

³²⁵ SOTO, P.2017, op cit.

³²⁶ ROJAS, C. op cit.

³²⁷ HUNTER I. 2015, op cit.

de un procedimiento sancionatorio en materia, de, por ejemplo, libre competencia, y viceversa al estar los principios cargados por los concretos bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso.

La autonomía del sancionatorio ambiental, tiene además, un correlato constitucional, al desprenderse de una concordancia entre el Artículo 19 N° 21 con el inciso segundo del 19 N° 8, de esta manera, la forma, hay un mandato constitucional a modular la actividad económica para lograr la preservación del medio ambiente. Desprendiéndose la sanción administrativa del contraste de “la forma determinada por la ley” y no del 19 N° 3, acá está de manifiesto la diferencia axiológica, que al mismo tiempo plantea al DAS ambiental como relativamente autónomo, en cuanto poseedor de un mandato constitucional específico. Si bien una aplicación análoga al derecho penal puede haberse justificado en función del parecido externo³²⁸, consideramos que dogmáticamente la teoría cuantitativa según la cual adicionalmente el DAS tiene un sentido punitivo³²⁹, es problematizable, al no ser la sanción definitiva *una retribución*, sino que un modo de regulación.³³⁰

Otra cuestión a comentar de la tesis sostenida por Román es que la sanción administrativa ambiental no termina de recoger los elementos que propone el autor que debe recoger una sanción administrativa a saber: “i) quien la impone debe ser un órgano de la administración (de ello se sigue que lo hace en ejercicio de una potestad administrativa, conforme a un procedimiento administrativo y a través de un acto administrativo); ii) tiene un carácter desfavorable (pues impone a las personas una carga o restringe su esfera de derechos); (iii) es reacción a una infracción administrativa anterior; y iv) persigue una finalidad netamente represiva”³³¹

Mas allá de la cuestión sobre la punición-enforcement que hace descartar el punto iv)³³², lo que parece relevante de remarcar en este punto es que la sanción más grave -la revocación- no restringe propiamente una esfera de derecho por la naturaleza precaria de la RCA, de esta forma, en último término la Administración simplemente se deshace de un título de mera tolerancia.

Así siguiendo esta tesis una *medida de restablecimiento* de la legalidad tendría menos garantías que el DAS³³³. De esta forma, en materia ambiental, un cambio en las circunstancias que fundamentan la RCA donde no mediare culpa o dolo de parte del particular, pero que sin embargo causare una invalidación sobreviniente³³⁴ contaría con menos garantías que la revocación-sanción por incumplimiento grave de las obligaciones del titular, la aplicación de las garantías penales, aparte de la diferencia entre la naturaleza del DAS, aparece entonces como algo poco intuitivo en materia ambiental. De forma que el actuar sin culpa sería más gravoso

³²⁸ VAN WEEZEL , A., Op cit

³²⁹ ROMÁN, C. 2020, op cit. p. 160

³³⁰ Como relevan VAN Weezel , A op cit., Op cit y ARACENA Op cit. entre otros.

³³¹ ROMÁN, C. 2020, op cit. 161.

³³² Pues el DAS no sería retributivo

³³³ ROMÁN, C. 2020, op cit. p. 161 -a propósito del célebre gato Jemimo.

³³⁴ Véase SÉPULVEDA, D. 2012, op cit. pp. 89- 130.

que un actuar culposo, cuestión que afectaría de forma poco razonable la igualdad ante la ley, además de poder -con una aplicación analógica de lo *sancionatorio-penal* a las medidas de *restablecimiento*- poner en riesgo los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Ambiental. Por lo anterior ocupando el aparatage teórico de este distinguido académico podría salvarse este punto llegando a la conclusión que la Sanción ambiental más que una sanción-expresión del *ius puniendi* pareciera ser más bien una medida de restablecimiento del Derecho, subsistiendo su teoría como generalidad, pero reconociendo en DAS (que ya no sería sancionatorio) ambiental una excepción. Cualquiera sea el enfoque que se tome, la conclusión que ofrecemos es la misma, una interpretación en clave penal de la sanción ambiental genera o bien una desigualdad en la ley, o bien una desprotección del medio ambiente.

Con todo estoy de acuerdo con el autor en la medida que la LBPA -aunque él la considere insuficiente el profesor- sería un cuerpo aplicable, además de servir su propuesta de aplicación de garantías penales-matizadas para poner en duda si estamos ante matices o garantías distintas, destaco además que es, en parte gracias a su trabajo, al tensionar de la tesis de Soto Kloss, que la doctrina ha tenido un giro que hace más sencillo dar propuestas como la de este trabajo.

1.3. La Sentencia Rol 140-2016³³⁵

La Sentencia es relevante, pues, a mi modo de ver salvo la referencia a la aplicación de garantías penales al DAS ambiental y cierto aspecto de su lectura del principio de tipicidad, en general, puede usarse para reafirmar el enfoque del trabajo, de esta forma, plantearé -de una forma distinta a los otros puntos de este epígrafe- en primer lugar los criterios según los cuales creemos que se puede afirmar el enfoque del trabajo *en* la sentencia, luego señaremos los criterios que se oponen al enfoque del trabajo y finalmente se comparará ambos aspectos.

1.3.1. Criterios desde los que afirmar entre el enfoque propuesto en la sentencia.

Se releva la naturaleza autorizatoria de la RCA como creadora de una relación de sujeción especial que importa en el Considerando 12 que hemos referenciado en el capítulo anterior, adicionalmente se reconoce la configuración del elemento subjetivo desde el status de *sujeto calificado* (C.110)

El fin último del procedimiento administrativo sancionador ambiental es “la mitigación del impacto ambiental” (C.36) y por lo tanto la restauración del O.J. Ambiental. En el razonamiento de este considerando aparece que un cumplimiento material a la RCA puede subsanar un incumplimiento formal en función de la finalidad del procedimiento. Este criterio es polémico, pero en nuestra opinión se puede relevar desde este tipo de razonamientos que el fin último del DAS ambiental es el *enforcement* y el resguardo

³³⁵ Esta sentencia está aquí pues fue integrada tardíamente, vale recordar que es de fecha 20 de noviembre del 2020 que es tan solo unas semanas antes de la entrega final del taller de memoria que dio origen a este trabajo.

del O.J. Ambiental, por lo que el tipo de razonamiento no parece en principio errado, pese a que sus consecuencias puedan serlo.

Se destaca además la naturaleza *in actum* de los hechos infraccionales (C. 81) , en este sentido reiteramos lo razonado sobre este punto a propósito del caso Pascua Lama.

1.3.2 Criterios opuestos entre el enfoque propuesto en la sentencia.

Existiría un *ius puniendi* unitario (teoría cuantitativa) que haría aplicables los principios -y no las reglas- del Derecho Penal al DAS (CC. 2 a 8). Respecto a este -la diferencia entre la sanción y la pena- punto nos hemos referido latamente durante este trabajo.

La forma de expresión de los principios de este pretendido *ius puniendi* unitario en el caso sería mediante el principio de tipicidad.

El fundamento estaría en la *certeza y seguridad jurídica* desprendiéndose desde este núcleo axiológico las exigencias de precisión en los cargos del Artículo N° 49 de la LOSMA. (C. 131)

Es importante señalar que la forma en que se configura la infracción al principio de tipicidad parece identificarse con una infracción al principio de legalidad. En definitiva:

-Se reprocha que conforme al Artículo N° 49 de la LOSMA existiría una obligación de describir precisamente los cargos -en contraposición a una indeterminación en los mismos-. (C. 132-140)

-Adicionalmente se aduce una extralimitación de las funciones de la SMA toda vez que, ante la indeterminación, la fijación del sentido y alcance de la RCA correspondía al SEA (por habilitación expresa del Artículo N°81, letra g, de la Ley N° 19.300). (C. 141-146)

3.3.1. Análisis.

Considero que la sentencia contiene un yerro, toda vez que desde la relación de sujeción especial -reconocida en la misma sentencia- creada por la RCA no pueden predicarse las garantías penales, máxime si como he venido repitiendo esta autorización es de carácter relativamente precario.

En definitiva, cabría preguntarse que se está protegiendo cuando se protege la certeza jurídica, toda vez que el titular no tiene derechos adquiridos respecto de la RCA que puedan primar por sobre la tutela de la vigencia del O.J. ambiental -que de hecho es invocado de alguna forma para justificar la no aplicación de la sanción-. Este razonamiento es a mi modo de ver el más claro respecto al problema de lógica interna que supone la aplicación de las garantías penales al DAS ambiental, toda vez que su aplicación supone la existencia de un objeto -autonomía desregulada- que se protege frente a la intervención del Estado, objeto

de protección que dada su inexistencia en el derecho ambiental -al ser un modelo de libertad positiva- hace que sea poco claro el qué es lo que se está ponderando frente a la vigencia del O.J. ambiental.

De esta forma y pese a los referentes teóricos citados en la Sentencia no aparece el cómo se ponderaría la *autonomía* del particular con la vigencia del O.J. ambiental -de esta forma y parafraseando a Soto Delgado en su crítica a la Sentencia en el caso Guzmán Lyon en el TC³³⁶- hay una clara falta de motivación sobre cual es objeto tutelado por la norma y como esto se comunica con el razonamiento en torno a la relación sujeción especial y el fin último de lo que se denomina “mitigación ambiental” en la Sentencia.

Esto sin perjuicio de que la interpretación del Tribunal es plausible -más allá de los cuestionamientos teleológicos recién expuestos- desde la pura legalidad, toda vez que el reproche de lo que el tribunal refiere como *tipicidad* se justifica normativamente como una falta de habilitación de la SMA para actuar de una determinada manera en la medida que estaría suplantando la función hermenéutica del SEA.

Subcapítulo 3. Garantías constitucionales del Administrativo Sancionador Ambiental, procedimiento administrativo, y el núcleo dogmático del derecho ambiental frente al procedimiento sancionatorio ambiental.

En este subcapítulo se analizará, el marco jurídico aplicable para el debido proceso Administrativo Sancionador ambiental, particularmente los artículos 6, 7,8 , 19 N° 8, N° 21 y N° 25 y 63 N° 18 de la CPR, a saber, los principios de legalidad y motivación serían las garantías aplicables a los particulares en el Procedimiento Administrativo Sancionador Ambiental. Adicionalmente, y como excurso se identificará cómo estos principios se configuran en relación con los principios del Derecho Ambiental en general, los cuales, si bien no son totalmente constitucionales nos sirven para tener una noción de cómo se estructuraría su aplicación, y terminaría de justificar la afirmación según la cual la libertad de industria solo puede ejercerse respetando la normativa ambiental.

1. Recapitulación.

Recapitulando, el enfoque del trabajo propone la aplicación del 19 N° 8 en concordancia con el 19N° 21 como la base del Sancionatorio-Ambiental, así, la única forma de concebir el desarrollo y la actividad económica es en respeto de la normativa ambiental, pues solo en el respeto del O.J. la actividad económica encuentra su justificación y supuesto constitucional, o lo que es lo mismo, no existe una forma jurídicamente protegida de emplear la libertad económica en contravención al Ordenamiento Jurídico Ambiental.

2. Garantías aplicables.

³³⁶ SOTO, P. 2017, op cit.

En este apartado se tenderá a responder *grosso modo* donde buscar las garantías que informarían al DAS ambiental *fuera* del derecho penal, para esto se analizarán los principios constitucionales que rigen la actuación de la Administración del Estado, se enunciarán los principios legales y se relevará la importancia y función del procedimiento administrativo del que el procedimiento administrativo sancionatorio no sería más que una especie.

2.1. *Introducción.*

Se ha intentado demostrar que en función de esta naturaleza especial y autorizatoria las garantías penales del Artículo 19 N° 3 no resultan aplicables al DAS Ambiental.

Ambas disposiciones, en tanto regulación pública y referencia a la *ley* y su necesaria aplicación de parte de *órganos de la Administración del Estado*, nos conducen a las siguientes normas-garantías constitucionales:

2.2. *Principios constitucionales que rigen a la Administración del Estado.*

Artículos N° 6, N° 7 y N° 8 de la Constitución que contienen el principio de legalidad, probidad y transparencia³³⁷.

2.2.1. *Legalidad*

El principio de legalidad constitucional es definido por Bermúdez, este principio se corresponde con la identificación -derivativa o como no contradicción- entre el Acto Administrativo y el Ordenamiento Jurídico³³⁸. En el examen de la actividad administrativa el principio de legalidad aparece como una *atribución* de fuente legal de la potestad que ostenta el órgano, esto es, como verificación de la esfera competencial³³⁹.

Por la descripción operativa y dogmática que se ha realizado sobre la legalidad en el subcapítulo anterior, parece evidente que estamos, en materia de DAS ambiental, ante una reserva legal de carácter relativo que otorga márgenes de discrecionalidad para operativizar el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Así la *legalidad* administrativo-sancionatoria que suplanta a la *tipicidad* penal queda sujeta a esta garantía de tipo competencial y orgánico. Así nos salvamos de un procedimiento administrativo sancionatorio *excesivamente abierto* no con la aplicación de la tipicidad penal, sino que alegando infracción a la reserva de ley de las *bases* que rigen el sancionatorio, lo mismo con la adopción de funciones interpretativas no entregadas por ley.³⁴⁰

³³⁷ OSORIO, C., 2017. Capítulo II Principios del procedimiento administrativo sancionador. En OSORIO, C., 2017, op cit.

³³⁸ BERMUDEZ, J. 2011. Principio de Legalidad. En. Derecho Administrativo General. Santiago, Abeledo-Perrot: p. 64-78. 64-64

³³⁹ Ibid. p. 65-66.

³⁴⁰ En el mismo sentido LETELIER, R., 2017 op cit. y QUEZADA, F. El procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880. [en línea] Sanciones Administrativas. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo < <https://proview-thomsonreuters->

De esta forma los Artículos 6 y 7 limitan el ejercicio de la potestad sancionatoria a la esfera competencial de la SMA al bloque de juridicidad; adicionalmente, como es relevado por Zúñiga y Osorio³⁴¹, al menos, las bases generales de los procedimientos Administrativos (incluyendo el sancionatorio) son materia de ley, en función del Artículo 63 N° 18 de la CPR.

2.2.2. *Probidad y transparencia:*

Respecto de garantías más procedimentales respecto del infractor el Artículo 8 dispone el principio de probidad y transparencia.

La profesora Camacho define la probidad como cierto estándar ético o valorativo al que deben someterse los funcionarios públicos, este estándar refuerza la legitimidad del Derecho, además de ser un resorte que - al habilitar el control de la probidad del poder público- mejora el estándar y el comportamiento de los funcionarios en general.³⁴² Es dable recordar que el concepto de probidad, enunciado en la constitución está desarrollado en el inciso segundo del Artículo 52 de la LOCBGAE “consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”

Considerando entonces el mandato constitucional de probidad de parte de los Órganos del Estado, este principio es susceptible de suplir algunas necesidades de protección, a saber, pone en salvaguarda el debido funcionamiento de la potestad, y mediante su control efectivo se puede controlar un uso no prebaccario del DAS, en último término es contrario a la probidad en un Estado Democrático de Derecho un ejercicio injustificadamente gravoso, además de estar sujeto a un estándar de proporcionalidad no penal.

2.2.3. *Publicidad*

El principio de publicidad y transparencia ha sido abordado latamente por la profesora Camacho, en su conceptualización el principio cumple una función de concreción del ideario democrático, en la medida que el acceso a la información pública permite controlar el poder. Además de cumplir con funciones de justicia política, servir para mejorar el funcionamiento de mercados entre otras cosas.³⁴³

Osorio Vargas en su manual de Derecho Administrativo Sancionador caracteriza la concreción de este principio en materia sancionatoria de la siguiente forma “En la actualidad, la sociedad exige a los órganos

com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2015%2F41712396%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=e5452c42e2b062bd7e5517daad6aff58&eat=5756D5F0-CF01-EEE1-EEA4-A434E6806AD6&pg=42&psl=&nvgS=false > [consulta: 15 octubre 2020]

³⁴¹ ZUÑIGA, F., y OSORIO, C., op cit.

³⁴² CAMACHO, G., 2015. Probidad y transparencia en las bases de la institucionalidad. En *Las bases de la institucionalidad: realidad y desafíos* os: 253-290. Pp. 254-256.

³⁴³ CAMACHO, G. 2006. Gladys. Publicidad y transparencia: nuevos principios constitucionales de la actuación de los órganos del Estado de Chile .En *Ensayos jurídicos contemporáneos: testimonio de una huella académica*. Ed. Piere Foy .. Lima: Instituto Pacífico S.A.C. :47-77

estatales no sólo el servicio público o las prestaciones de asistencia, por el contrario, les exige demostrar cómo, por qué y bajo qué fundamentos se sirve a los ciudadanos, lo cual exige transparencia y publicidad de los actos administrativos.³⁴⁴ Luego señala que “el acceso a la información pública funciona como un instrumento de control institucional ciudadano. En efecto, sólo si los interesados en un procedimiento se informan de los antecedentes, documentos y fundamentos de una decisión pública, podrán participar adecuadamente en su sustanciación.”³⁴⁵, el autor releva latamente en su análisis jurisprudencial la importancia de la información para el derecho a la defensa³⁴⁶

Así las cosas el principio de publicidad es un resorte importante para el control, solo conociendo el procedimiento administrativo puedo revisar si éste ha seguido los estándares fijados en su Ley.

2.2.4. *Razonabilidad y objetividad.*

Esto se manifiesta como un control de *razonabilidad* y *objetividad* que el profesor Huepe desprende desde una lectura conjunta de los principios constitucionales de legalidad y probidad administrativa -además de los artículos 2 y 3 de la LOCGBAE este principio ; de esta forma se exigiría un actuar conforme a Derecho que incluiría en su bloque de juridicidad estos elementos, así “Una potestad administrativa será abusiva cuando exceda el ejercicio de aquélla más allá de los parámetros de razonabilidad, o cuando se ejerza en sentido contrario a la finalidad propia de aquélla y con perjuicio ajeno; o bien será excesiva cuando pasa más allá de la medida o regla permitida (por la razonabilidad si es potestad discrecional), de manera que se trata de una potestad ejercida más allá de los márgenes de razonabilidad, y por ende, de manera desproporcionada o irrazonable, lo que lleva a una sanción también desproporcionada o irrazonable, enfatizándose en este trabajo la relación entre abuso o exceso del artículo 2º de la LOCBGAE con la razonabilidad en el Derecho”³⁴⁷

2.2.5. *Interdicción de la arbitrariedad.*

El profesor Flavio Quezada ha distinguido en el 19 N° 2 el principio de interdicción de la arbitrariedad de esta forma³⁴⁸, un tratamiento igualitario -es decir no inquisitivamente dirigido en contra de un individuo- tiene tutela constitucional. Llegando a plantear que “Como puede verse, el contenido que el Tribunal Constitucional asigna al ‘Debido Proceso’, aplicado a la actuación administrativa, constituye una exigencia

³⁴⁴ OSORIO, C., 2017. Principio de transparencia y publicidad. En OSORIO, C., 2017, op cit.

³⁴⁵ Idem.

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ HUEPE, F. El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración. Su control a través del principio de razonabilidad. [en línea] Sanciones Administrativas. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo <<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2015%2F41712396%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=e5452c42e2b062bd7e5517daad6aff58&eat=5756D5F0-CF01-EEE1-EEA4-A434E6806AD6&pg=42&psl=&nvgS=false>> [consulta: 7 de diciembre 2020]

³⁴⁸ QUEZADA, F. Op cit.

que también podría derivarse dogmáticamente de la configuración constitucional de la Administración conforme los principios de interdicción de la arbitrariedad (artículo 19 N° 2), parcialidad hacia el bien común (artículo 1°) y mandato de respeto y promoción de los derechos fundamentales (artículo 5, inciso 2°): procedimientos eficientes y eficaces para concretar el interés público o bien común en la decisión administrativa respectiva y que, a la vez, respeten y promuevan los derechos fundamentales, en especial, aquellos que, además, Permitir considerar los intereses privados mediante su adecuada representación y consideración en la decisión”³⁴⁹. De esta forma un procedimiento administrativo sancionador no puede afectar derechos fundamentales, pero en base a cláusulas constitucionales generales y no de derecho penal.³⁵⁰

La conclusión del profesor Quezada es que la LBPA cumple con estándares suficientes para satisfacer por si sola (y sin aplicación de principios penales) estándares de un debido procedimiento administrativo³⁵¹, posición que compartimos.

2.2.6. *Debido procedimiento administrativo.*

Respecto de la fuente del debido proceso administrativo sancionador, la doctrina ha encontrado su fuente en una lectura -extensiva y no penal- del Artículo 19 N° 3 de la Constitución dispone en su inciso quinto, que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” esta garantía no resulta aplicable a rajatabla -o desde su tenor literal-, pues como la doctrina ha sido consistente en señalar la potestad sancionatoria no se identifica con el ejercicio de la Jurisdicción.³⁵², Osorio Vargas ha relevado que el principio del Debido Proceso Administrativo se puede desprender del Artículo 19 N° 2 de la Constitución, así como por aplicación de tratados internacionales (lo que importa una aplicación del Artículo 5, inciso segundo, de la Constitución)³⁵³

No parece razonable desde el enfoque propuesto negar la vigencia de una garantía que es más procesal que penal, por cuestiones hermenéuticas nos inclinamos por una tesis que desprenda al principio de una garantía distinta a la que refiera a la Jurisdicción, como el Artículo 19 N° 2., en la medida que una garantía semejante se puede desprender desde el principio de la interdicción de la arbitrariedad en el marco de un procedimiento administrativo (como debida fundamentación)³⁵⁴, es dable recordar que los principios planteados por el profesor Huepe son susceptibles de cumplir la función de este principio (como adecuación/ponderación de intereses en cuanto a un fin público)

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ El profesor Quezada considera que las garantías de la LBPA son suficientes.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² OSORIO, C. Proporcionalidad. En OSORIO, C., 2017, op cit.

³⁵³ Ibid., op cit.

³⁵⁴ En este sentido QUEZADA, F., op cit.

Todos los principios -propios del Derecho Administrativo General- que hemos descrito de fuente Constitucional son suficientes para garantizar que las bases del procedimiento estén fijadas en la ley, procedimiento de carácter racional y justo cuya motivación es accesible por el particular y susceptible de control, tal como ha referido el profesor Letelier en su célebre *garantías penales y sanciones administrativas*.³⁵⁵

2.3. *Discusión.*

Sobre la tesis sostenida por Zúñiga y Osorio y el Tercer tribunal ambiental respecto de la aplicación del 19 N° 25 de la Constitución, se sostiene que si bien esta es una garantía no penal que podría resultar aplicable a un procedimiento sancionador diverso (planteando además otras diferencias sobre la naturaleza de los bienes protegidos por una u otra clausula) se afirma que al no estar ante la afectación de un derecho al momento de sancionar no es decible que exista una susceptibilidad de una afectación del derecho en su esencia, pues es de la esencia del derecho que nace de la autorización el ejercerse conforme al Ordenamiento Jurídico.

2.4. *Garantías y procedimiento administrativo.*

Es dable recordar que estas garantías y su posibilidad de control tienen refuerzo legal y reglamentario.

Así hay dos tipos de principios a considerar. En un primer lugar debemos considerar los propios del procedimiento administrativo contenidos en la Ley 19.880, en segundo lugar, hay que considerar los principios propios del Derecho Ambiental contenidos en la Ley 19.300 ambos cuerpos normativos de cara a la LOSMA. Esto debido a que el procedimiento Administrativo sancionador tiene una forma que contiene determinadas garantías para el particular, así como un fondo que es el resguardo de la vigencia del Ordenamiento Jurídico Ambiental.

Relevaremos el principio de fundamentación o motivación.

La fundamentación del procedimiento administrativo, como bien ha expuesto el profesor Loo tiene una faz formal, cumpliendo con la función de ser una forma mediante la cual distintos actos tramites van produciendo un acto terminal³⁵⁶ esto es pensado como garantía respecto de los particulares³⁵⁷ en la medida que expresa una determinada forma de manifestar la adecuación del acto administrativo al Derecho

³⁵⁵ LETELIER, R. 2017, op cit.

³⁵⁶ LOO, M. 2017. El significado del procedimiento administrativo. Revista de Derecho del Estado (38): 155-175. P. 159-160.

³⁵⁷ Cordero Vega ha llegado a señalar que “estatal. En efecto, el procedimiento administrativo representa el sistema destinado a introducir cautelas y garantías con respecto a las situaciones jurídicas en que los ciudadanos se van a ver afectados por actos administrativos” Véase. CORDERO, L., 2003. Limitando la ley de procedimiento administrativo. una interpretación intolerable. Revista Chilena de Derecho. (30)3: 549-552. P. 549.

Objetivo³⁵⁸ así es posible observar la formación de la voluntad administrativa a efectos de controlar su legalidad-motivación.³⁵⁹

El profesor también rescata una faz material de forma que el acto administrativo debe -junto con seguirse de un procedimiento- estar adecuado a un determinado interés general³⁶⁰, esto importa una determinada ponderación entre las garantías del particular con el interés general a materializar³⁶¹.

En un sentido semejante el profesor Flavio Quezada refiere por un lado al hecho de que el procedimiento administrativo, en función de la motivación nos permite realizar un mejor control de las decisiones administrativas cuestión que viene a reforzar la cláusula democrática³⁶².

Es importante señalar que los principios del procedimiento administrativo están enunciados en el Artículo 4 de la Ley 19.880 y son “escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.”, y que la LOSMA regula extensamente el procedimiento sancionatorio ambiental.

Los principios de escrituración, transparencia y publicidad dialogan directamente con el deber de motivación de los actos administrativos, correspondiéndose con la función material del procedimiento administrativo.³⁶³

Esta tensión en materia administrativo-sancionadora ha aparecido en el apartado sobre la proporcionalidad y más específicamente en la sentencia del caso Pascua Lama.

Tanto Moraga y Pantoja en Anotaciones sobre el procedimiento administrativo según la jurisprudencia de los tribunales chilenos ³⁶⁴ como Osorio Vargas en su Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador³⁶⁵ han caracterizado en detalle cada uno de estos principios, no se ahondará en ellos.

De esta forma, y volviendo a la tesis de Loo tenemos un procedimiento administrativo sancionador que tiene que por un lado configurarse de una determinada manera y por otro tiene que tutelar determinados *bienes jurídicos colectivos* en ponderación con determinados intereses particulares.

En Palabras de Quezada “ De esta manera, no es que se negocie el interés general con los particulares, ni que sus intereses sean ponderados con aquél por la Administración a fin de construir un híbrido interés

³⁵⁸ LOO, M., op cit, pp.162-165.

³⁵⁹ Ibid. pp. 164-165.

³⁶⁰ Ibid. 165.

³⁶¹ Ibid. p. 168-169.

³⁶² QUEZADA, F., op cit.

³⁶³ LOO, M., op cit pp. 172-173.

³⁶⁴ MORAGA, C. y PANTOJA, R. 2013. Anotaciones sobre el procedimiento administrativo según la jurisprudencia de los tribunales chilenos. Chile. Thomson Reuters.

³⁶⁵ OSORIO, C. 2017. Op cit.

general-intereses privados (de dudosa legitimidad constitucional), sino que ella, al considerar sus apreciaciones, aumenta la probabilidad de corrección de su decisión de concreción del interés público o bien común, pues estará incorporando al proceso de decisión los puntos de vista de quienes están en la mejor posición para hacer sentir lo relevante”³⁶⁶

En similares términos Montt “ La razón se debe precisamente al punto central de este trabajo y que cabe recalcar aquí: se considera que el procedimiento administrativo es el instrumento capaz de domesticar [lease entregar garantías al particular] el poder discrecional sin menoscabar la autoridad propia de los órganos democráticos de gobierno. Esta fuerza jurificadora se despliega no ex post, como en el control judicial, sino ex ante”³⁶⁷

Nos parece que una sistematización de esta tensión en materia sancionatoria lo encontramos en Salinas quien señala ante las potestades discrecionales y considerando que no estamos en una hipótesis de reserva legal absoluta lo que hay que aplicar es un principio de razonabilidad, es decir el control de la debida motivación de las razones que sustentan la decisión administrativa.³⁶⁸ De esta forma la tensión sería subsanada en el mismo procedimiento mediante una fundamentación que pondere debidamente los bienes jurídicos protegidos con las sanciones a imponer. Como resulta evidente, y siguiendo a Salinas la proporcionalidad “puede encuadrarse perfectamente dentro del principio de razonabilidad, habida consideración a que existe una relación de género-especie, toda vez que la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad siendo esta una manifestación de aquella.”³⁶⁹

En definitiva, un debido procedimiento administrativo ambiental, en tanto procedimiento, se agota en primer término en una cadena derivativa de juridicidad y en segundo en un control de la ponderación de los motivos-bienes jurídicos tutelados. Cumpliéndose la ley (y la forma del procedimiento con todas sus fases)³⁷⁰ y siendo fundada la sanción -ser idónea- el procedimiento sancionatorio debería ser válido, siendo el interés del particular un interés a ponderar -y es justamente en el integrar el interés del particular que se le reconoce como sujeto, de esta forma no se le está tratando como objeto³⁷¹- dentro de otros y cediendo ante determinados intereses colectivos (como la protección ambiental). Esto sin perjuicio de los recursos administrativos y judiciales de los que pueda ser titular el particular, es dable recordar que un vicio

³⁶⁶ QUEZADA, F. op cit.

³⁶⁷ MONIT, op cit. pp. 14-15

³⁶⁸ SALINAS, C. 2019. Principio de la Razonabilidad. De la legalidad y la tipicidad a la razonabilidad. La Interdicción de la arbitrariedad. En SALINAS, C., op cit

³⁶⁹ SALINAS, C. 2019. Principio de la Proporcionalidad o del quantum de la razonabilidad. En SALINAS, C., op cit.

³⁷⁰ Véase QUEZADA, F. op cit.

³⁷¹ Esto para hacernos cargo de una crítica orientada a plantear que este enfoque convertiría a los particulares en meros administrados. Respecto a este discusión véase: CAMACHO, G. 2011. Los particulares como sujetos del procedimiento administrativo. Revista de Derecho PU CP (67) 1: 285-308.

procedimental es susceptible de afectar la legalidad junto con la debida motivación, y que el procedimiento Administrativo Sancionador de la LOSMA se encuentra especialmente regulado en la ley.

Lo anterior porque siguiendo la tesis de Quezada y Huepe y de cara al O.J. un procedimiento administrativo de cualquier tipo (incluyendo al sancionador), que afectare de forma infundada o sin habilitación legal para hacerlo, un Derecho Fundamental sería nulo.

En definitiva, dado el modo explicativo del DAS Ambiental como libertad positiva las garantías al particular -el reconocimiento de su subjetividad jurídica- se identifica con una consideración de sus intereses en un procedimiento administrativo sancionatorio y con su derecho al recurso.

2. *Los principios del derecho ambiental, las comunidades y el procedimiento administrativo sancionador, las venas abiertas.*

En este último apartado se procederá a analizar la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados por el O.J. ambiental, estructurando un *núcleo dogmático* para finalizar enunciando un problema no resuelto.

2.1. *La base dogmática del Derecho Ambiental, riesgos y justicia.*

Se ha dicho que el DAS ambiental está orientado al resguardo del O.J. ambiental, siendo este preferido en determinados casos por sobre el interés de los particulares, a continuación, revisaremos la forma de interpretación del Ordenamiento Jurídico propiamente ambiental, el cual está llamado a ponderar unos bienes jurídicos específicos de una manera determinada.

La base dogmática ha sido claramente definida por el profesor Rojas Calderón como un determinado posicionamiento ante el riesgo, así como por la profesora Hervé en lo relativo a una distribución de los pasivos ambientales (justicia ambiental distributiva), así como un reconocimiento de las comunidades como sujetos políticos (justicia ambiental política).

Bajo esta lógica Rojas refiere a que el Derecho ambiental gestiona riesgos, estando llamado a dirimir entre riegos prohibidos y permitidos³⁷². De esta forma los medios usados por la administración (como la sanción administrativa) deben ser ágiles para el resguardo del objeto de la regulación, como por ejemplo la evitación de un riesgo no permitido (un daño, por ejemplo) a la salud de las personas.³⁷³

³⁷² ROJAS, C., Op Cit. pp. 294-295.

³⁷³ ROJAS, C., Op Cit. pp. 296-297

Hervé en su formulación de la Justicia Ambiental como justicia distributiva (y participativa) refiere a que el derecho ambiental debe estar axiológicamente orientado a una distribución igualitaria de las cargas ambientales y un reconocimiento de las personas como sujeto político en la construcción de su territorio.

374

Expresiones de la aplicación de este centro axiológico podemos encontrar en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema comentada por la profesora Alejandra Donoso.

Donoso en su texto “‘Zonas de sacrificio’ y Justicia Ambiental. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema Rol 5.888-2019” entrega varias luces sobre la base deóntica del derecho ambiental en la medida que nos entrega un contrafactual mostrándonos una reacción judicial ante lo que había sido un fracaso en cuanto a gestión ambiental.

La situación en la zona señala la autora es “una muestra elocuente del riesgo permanente al que se encuentra expuesta la población que habita este territorio, así como de la necesidad de abordar el conflicto desde su estructura. Este escenario, la denominación ‘zona de sacrificio’ es elocuente de la situación de injusticia ambiental a que se encuentra sometida la población que habita el territorio, así como la vulneración de sus derechos a la vida, salud y medio ambiente sano”³⁷⁵. A contrario sensu, el derecho ambiental estaría llamado a gestionar los riesgos ambientales de manera tal que grupos humanos no se vieran “sacrificados” por la actividad industrial, existiendo un deber de evitación del Estado de la consecución de tales riesgos debiendo tomar diversas acciones para su evitación, es dable recordar que el caso más que versar sobre materia sancionatoria versa sobre la coordinación de los órganos ambientales.³⁷⁶

Concluye la académica que existe un deber de ejercer facultades de garantía de parte de las autoridades con competencia ambiental para resguardar los bienes jurídicos protegidos por el OJ ambiental y que “El riesgo es un segundo elemento que activa la aplicación de la cautela, que exige abordar y resolver el conflicto, que es la razón de una acción cautelar como lo es la acción de protección”³⁷⁷. La crisis sería “un síntoma de una situación mayor, descontrolada, desregulada, que requiere atención y solución urgente”³⁷⁸. De lo contrario las personas que habitan una zona de sacrificio se verían “sacrificadas por el crecimiento económico, destinadas a vivir una vida sin derechos.”³⁷⁹

El profesor Olivares en su texto crítico de la Sentencia Rol N° 2684-2014 del TC (materia urbanística y ambiental) plantea algo semejante, en la medida que para el autor la preminencia de determinados intereses

³⁷⁴ HERVÉ, D. op cit. pp. 36-49.

³⁷⁵ DONOSO, A., op cit p.209

³⁷⁶ DONOSO, A., op cit pp.218-221.

³⁷⁷ DONOSO, A., op cit pp. 227

³⁷⁸ DONOSO, A., op cit pp. 227-228

³⁷⁹ DONOSO, A., op cit p. 228.

individuales de determinados sectores productivos niegan la vigencia del estado de derecho produciendo que determinados sectores precarizados de la población deban soportar “una mayor carga ambiental en sus territorios, derivadas de la instalación de industrias contaminantes o peligrosas, infraestructuras no deseadas”³⁸⁰. Dado lo anterior al momento de juzgar en materia ambiental los tribunales según el autor debe considerar junto al interés individual los intereses colectivos a objeto de no dejar en desprotección partes importantes de la sociedad.³⁸¹

Por tanto cuando la sentencia de Pascua Lama refiere adopta una tesis según la cual, la sanción administrativa debe tender a proteger los bienes jurídicos salud y medio ambiente -siendo la prioridad su protección, aunque deban considerar en un segundo plano que no haya otros medios menos gravosos para el titular- por encima de aquellas que parecieren referir a la regulación como un *mal en sí mismo* no parece estar adoptando un camino al antiguo régimen sino que más bien parece estar reforzando el Estado Democrático de Derecho.

Esto es pues lo que se pondera y se gestiona por el Derecho Ambiental junto a las garantías propias de un debido procedimiento que tienda a controlar la legalidad del acto y su motivación.

Así las cosas, tiene más sentido dogmático el desarrollo que se le ha dado a los principios del derecho ambiental.

A saber, cuando el profesor Jordi Jaria habla de la “centralidad de la crisis ambiental”³⁸² se refiere a una determinada gestión equitativa de riesgos de esta manera “las cuestiones de justicia que afloran en el contexto del Antropoceno apuntan, a la vez, hacia una redistribución de los efectos del metabolismo social”³⁸³. Olivares al referir a los principios preventivo y precautorio llega a señalar que es esencial a estos un criterio de actuación *ex ante*³⁸⁴ resaltando el hecho de que es un posicionamiento entre información y riesgo.³⁸⁵

Jaria nos ofrece una conceptualización del principio precautorio como “orienta[do] a impedir aquellas actividades cuyo desarrollo representa un riesgo inasumible, aunque no se tenga certeza de que dicho riesgo acabe materializándose, por lo que deviene una matriz conceptual orientada a la canalización de la transformación del Sistema Tierra desde el punto de vista de la limitación del riesgo”³⁸⁶

³⁸⁰ OLIVARES, A. 2016. Los principios Ambientales en la actividad del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Constitucionales (14) 2: 435-460. p. 456

³⁸¹ Ibid. p. 455

³⁸² JARIA, J., op cit, p. 404.

³⁸³ JARIA, J., op cit, p. 418

³⁸⁴ OLIVARES, A. op cit s p. 445

³⁸⁵ OLIVARES, A. op cit. pp. 446-447.

³⁸⁶ JARIA, J., op cit p. 420.

Jaria identifica al principio de cooperación con la justicia ambiental, en la medida que el principio le da mayor espacio de incidencia a las comunidades en la toma de decisiones sobre sus territorios, cuestión que es una concretización de la justicia ambiental en su cara política³⁸⁷.

Luego refiere al principio de responsabilidad/contaminador pagador, permitiendo este principio adaptar de mejor manera las actividades de “reproducción social” a fines ambientales favoreciendo la posición de los grupos mas vulnerables, en la medida que los agentes contaminantes o que produzcan algún perjuicio al medio ambiente van a tener que internalizar las externalidades negativas y reparar las afectaciones que causen al medio ambiente.³⁸⁸

Desde esta conceptualización se llega a una conclusión en línea con Rojas y Hervé, en la medida que la Administración al momento de sancionar debe tutelar determinados bienes jurídicos colectivos y usar un estándar que está orientado por una reactividad ante el riesgo y a una concreción de determinados criterios de *justicia ambiental* sustantiva, con bastante claridad en la faceta distributiva y correctiva, pero como veremos a continuación falta dar algunas luces sobre la cara *política* de la justicia ambiental.

2.2. Las comunidades ante el procedimiento administrativo entre sujetos de derechos y objetos de protección, las venas abiertas.

Algo que no termina de quedar claro es la forma en que aparecen las comunidades en los procedimientos administrativos sancionatorios ambientales.

Desde una perspectiva formalista el Primer Tribunal Ambiental ha llegado a decir, en la Sentencia R-21-2019 del 27 de octubre de 2020, respecto de la consulta indígena, que esta no procede al ser el procedimiento administrativo *de carácter unidireccional* que se agota en la verificación de la configuración de determinados hechos infraccionales (C. 163) no existiendo en este un espacio para escuchar y ponderar los intereses de las comunidades (C. 164-166)

Por otro lado, la jurisprudencia de los Tribunales Ambientales está incipientemente reconociendo cuestiones relativas a las Zonas de Sacrificio en sus sentencias, aunque no siempre en procedimientos sancionatorios.

Así, el Tercer Tribunal Ambiental en la Sentencia R- 18-2019 caratulada Gervana del Carmen y otros con SMA ha llegado a declarar que “Que, por último, aunque no menos importante, el Proyecto se emplaza en una zona geográficamente sensible, que ha sido considerada por la autoridad ambiental como zona saturada para el contaminante «material particulado fino respirable MP 2,5 en su concentración diaria» (Decreto N° 15/2015 del Ministerio del Medio Ambiente), y por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)

³⁸⁷ Ibid, p. 421.

³⁸⁸ Ibid. p. 422.

como una «zona de sacrificio», dada la intensidad con que los efectos negativos medioambientales allí se manifiestan, y que son fuente permanente de conflictos sociales” (C. 41) para luego agregar que “En efecto, como ya se indicó, de acuerdo a los propios criterios de la SMA, si estos hechos se clasificaran como infracciones leves, [1]su autor sería un sujeto calificado; y[2] la infracción se habría cometido en un área declarada ‘zona saturada’ y [3] denominada como ‘zona de sacrificio’. Considerando estos tres aspectos anteriores, el archivo de las denuncias no promueve ni vela por el respeto irrestricto a la institucionalidad ambiental ni por el interés público.” (C. 43)

El Segundo Tribunal Ambiental en la Sentencia R-219-2019 caratulado “Alonso Raggio Katta Beatriz y otros / Ministerio del Medio Ambiente” que si bien es una sentencia que rechaza la pretensión de la “colectiva mujeres de la zona de sacrificio en resistencia” no deja de reconocer una injusticia ambiental subyacente en la zona.

De esta forma y “sin perjuicio que lo establecido hasta aquí derivará en el rechazo del arbitrio planteado, este Tribunal estima relevante atender a materias que subyacen a la controversia de autos, asociadas con la desigual distribución de las cargas ambientales, a la luz de criterios universalmente aplicables y de herramientas disponibles en nuestro ordenamiento jurídico” (C. 113) fundamentando una medida cautelar innovativa en cuanto “i) en la zona de Concón, Quintero y Puchuncaví se han presentado históricamente problemas de justicia ambiental, [...]; ii) el igual disfrute del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación exige la utilización de los instrumentos existentes para prevenir y resolver conflictos socioambientales y, en particular, de justicia ambiental. En este sentido, resulta menester el cumplimiento del ordenamiento jurídico ambiental que contempla los instrumentos que se han citado en este capítulo de la sentencia, cuales son, el Programa para la de Recuperación Ambiental y Social y la Evaluación Ambiental Estratégica de los Instrumentos de Planificación Territorial, ambos de competencia del Ministerio del Medio Ambiente; y, iii) la existencia de un riesgo ambiental subyacente a las emisiones, efluentes o residuos provenientes del cordón industrial existente en las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví y con problemáticas de justicia ambiental, como se ha razonado en los considerandos precedentes.” (C. 136)

La exposición de estos párrafos es relevante en la siguiente medida. Durante el trabajo se ha abordado la sanción administrativo ambiental en función de una relación de sujeción especial entre la Administración y el titular de una autorización administrativa, cuestión que es cierta, y se ha hablado de que la integridad del Ordenamiento Jurídico Ambiental se fundamenta en la protección de determinados bienes jurídicos que justifican la precariedad de la RCA. Es importante resaltar que esta relación de sujeción especial tiene un correlato en la realidad social.

Cuando hablamos de que la autorización solo se justifica en la medida que tenga un correlato con el OJ ambiental, y en la medida que la RCA como instrumento de gestión ambiental está llamado a gestionar determinados riesgos, se está hablando de que la desregulación ambiental es susceptible de generar sendos efectos adversos en la vida de poblaciones enteras. Es evidente que la situación actual en Quintero-Puchuncaví no sería tal si los titulares en cada una de sus actividades estuvieran sujetos a Resoluciones de Calificación Ambiental, el dejar este espacio -los proyectos existentes antes de la entrada en vigencia del SEIA- a la desregulación ha permitido que niñas, niños y adolescentes desarrollen un sentimiento de sufrimiento ambiental³⁸⁹.

Por lo cual es claro que la Administración en su gestión de riesgos, en su “tutela de bienes jurídicos colectivos” está protegiendo a grupos humanos de riesgos concretos. En función de lo anterior, si bien la relación de sujeción especial tiene dos sujetos, a saber, el titular de la autorización y la Administración, la vigencia de la relación al estar supeditada a la vigencia del O.J. ambiental, tutela adicionalmente la relación de las personas (comunidades) con su territorio³⁹⁰ y en último término bienes como la salud y la vida de las mismas. En definitiva, tenemos actividades que de no gestionar sus riesgos de forma adecuada son susceptibles de destruir no solo la factibilidad de la propia actividad económica por la degradación ambiental, sino que territorios y vidas.

Lo que no termina de estar claro en la doctrina, en la jurisprudencia, ni en el procedimiento es si en definitiva la tutela de los intereses colectivos de los habitantes del territorio se tutelan como objetos de protección disociados de sujetos de derecho. Esto es de gran relevancia toda vez que la protección del objeto de protección salud de Melquiades sin la consideración de Melquiades como sujeto de derecho lo reduce a un mero objeto tutelado³⁹¹ en el procedimiento sancionatorio.

De esta forma existe la posibilidad de que pese a todo lo dicho sobre la tutela de bienes colectivos, pese a ser cierto, se cimiente en un trato paternalista hacia las comunidades afectas a protección, las cuales, al no verse reconocidas debidamente en el procedimiento sancionatorio serían objeto en definitiva un trato

³⁸⁹ Una de las descripciones más descorazonadoras es la siguiente “El no poder jugar al aire libre, por el temor a contaminarse al respirar y su sensación de estar más expuestos fuera de los hogares, expresa un miedo que se percibe como duradero y que cambia con la situación del 2018. Muchos ya no practican deportes, para no agitarse. Otros se preocupan del sentido del viento para ver si pueden estar fuera de sus casas; otros, sellan sus espacios privados, modificando sus habitaciones y casas, para sentirse más a salvo” p.12. En. 59. ESPINOZA, C. et al. 2019. Afectación de niños, niñas y adolescentes por contaminación en Quintero y Puchuncaví. Valparaíso, Defensoría de la Niñez. [en línea] <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2020/05/S%C3%ADntesis-integrada-de-los-3-m%C3%B3dulos-y-recomendaciones-Estudio-Afectaci%C3%B3n-Quintero-y-Puchuncav%C3%AD.pdf>> [consulta: 2 diciembre 2020] P. 59

³⁹⁰ Una determinada visión de mundo según Folchi, de esta forma las personas en el marco de un conflicto socio-ambiental defenderían *el significado de su territorio*. Vease FOLCHI, M. 2019. Ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y justicia ambiental. [en línea] <https://www.researchgate.net/publication/337224098_Ecologismo_de_los_pobres_conflictos_ambientales_y_justicia_ambiental> [consulta: 2 diciembre 2020]

³⁹¹ Sobre este punto véase CAMACHO, G. 2011. Op cit.

injusto, desde la faceta política de la Justicia Ambiental, quedando en definitiva la *subjetividad* de las personas afectadas por los titulares fuera de la voluntad orgánica de la Administración.³⁹²

Conclusiones y una reflexión final.

1. Conclusiones.

- 1.1. Resulta evidente que dada la naturaleza precaria de la RCA y de los objetos protegidos del derecho ambiental no puede decirse que exista una identidad entre la extinción de un título precario y una pena.
- 1.2. De esta distinción se deriva que la razón de ser de las garantías penales, a saber, un especial garantismo en función de la persecución estatal sobre un individuo determinado, debido a que la pena afectaría determinados derechos de particular relevancia social respecto del imputado, cuestión que no puede decirse respecto de la sanción más grave en materia ambiental que es la extinción de la RCA.
- 1.3. En función de lo anterior, la regulación de la *libertad* económica en materia ambiental se encontraría en el Artículo 19 N° 21 y no en el 19 N° 3 siendo una libertad que solo se ejerce conforme a Derecho.
- 1.4. De esta forma, y al no ser aplicables las garantías penales, son las normas del Derecho Administrativo General, las cuales mediante un adecuado procedimiento administrativo tienen la finalidad de ponderar el interés del particular con los bienes jurídicos colectivos tutelados por el Derecho Ambiental.

2. Reflexión final.

Resulta importante señalar que el procedimiento administrativo sancionador -como hemos mencionado anteriormente- tiene como un elemento a ponderar el interés del titular en el procedimiento administrativo, cuestión que no ocurre con los intereses de las comunidades y personas afectadas por el titular, las cuales aparentemente solo aparecen a propósito de objetos de protección de los que son titulares. Siendo considerados solo de forma mediata en la conformación de la voluntad de la administración en un procedimiento sancionatorio, cuestión que excede el propósito de este trabajo pero ameritaba ser al menos *develada*.

³⁹² En un sentido semejante, Rojas criticando una ausencia de justicia material ha llegado a señalar que “En efecto, las respuestas provenientes desde el derecho, se han basado primero, y principalmente, en las cuestiones de tipo formal y no material que este considera; de este modo, se produjo un abandono por parte del derecho y sus medios, a la decisión que le correspondía siendo ella entregada –o abandonada si se quiere– a la opinión de los expertos, refugiándose el derecho en los aspectos meramente procedimentales o solo formales, preservándose adecuados sistemas de control, aunque también concentrados en aspectos formales esencialmente. Pero los resultados han demostrado que esto no es suficiente, poniendo en tensión esas decisiones y las autoridades que las emiten –administrativas y judiciales en su caso–, por las fuerzas sociales o por la ciudadanía organizada o incluso por esfuerzos de individuos específicos” Véase ROJAS, C. Op cit. p. 282.

Anexo 1: Sentencias que refieren a “sujeto calificado”

Tribunal	Sentencia	Concepto/ mención
Tercer Tribunal Ambiental	R6-2014	“y el tratarse de un sujeto calificado en relación con sus exigencias ambientales contenidas en el art. 40 de la LOSMA.” (C. 105)
Segundo Tribunal Ambiental	R33-2014	“Que, respecto a la participación, se debe aplicar la misma lógica señalada en el considerando anterior. Es decir, el efecto de la circunstancia en la sanción definitiva deberá variar si se trata de una infracción imputada a título de autor, cómplice o encubridor. Con todo, se debe tener en <u>consideración que las infracciones a la RCA son infracciones especiales propias o de sujeto calificado, es decir, sólo puede incurrir en ella un sujeto específico que, en este caso, es el titular del proyecto.</u> ” (C,82)
Segundo Tribunal Ambiental	R-76-2015	“Que, a juicio del Tribunal, el mayor reproche al titular del proyecto se fundamenta, efectivamente, en el carácter de sujeto calificado que a éste le asiste. El titular de un proyecto o <u>actividad no puede desconocer lo que hace, ni mucho menos las condiciones en que debe llevar a cabo su actividad, esto es, la RCA de su proyecto.</u> En efecto, en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, “SEIA”) <u>es el propio titular quien, a través del Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, propone las condiciones y medidas para desarrollar su proyecto,</u> y es la autoridad administrativa quien califica ambientalmente dicha propuesta. Cabe señalar, además, que por la naturaleza preventiva del SEIA, la oportunidad en que se proponen y aprueban las medidas y condiciones para desarrollar el proyecto, ocurren antes de la ejecución de las obras y actividades de éste, y, por tanto, <u>el titular está en pleno conocimiento de qué debe hacer, cómo hacerlo y cuándo hacerlo.</u> ”(C.104)

Segundo Tribunal Ambiental	R-128-2006	<p>“Que, en lo que respecta al titular de un proyecto, se justifica un mayor reproche por las infracciones en la que ha incurrido fundado en el carácter de sujeto calificado que le asiste. En este contexto, el titular de un proyecto o actividad no puede alegar desconocimiento de las condiciones en que debe llevar a cabo su actividad, en especial, la RCA de su proyecto. En efecto, en el marco de la evaluación ambiental de cada proyecto se definen las condiciones, medidas y compromisos que regirán su ejecución” (C.52)</p>
Tercer Tribunal Ambiental	R-74-2018*	<p>“<u>Que, en ese sentido, consta a fs. 1290 que la SMA no ha clasificado a la empresa como sujeto calificado, sino como empresa local no sofisticada. Sin perjuicio de lo anterior, desde una perspectiva ex ante, la pregunta es si una empresa de esas mismas características pudo conocer los elementos objetivos del tipo infraccional, que en este caso son su Resolución de Calificación Ambiental y su resolución de programa de monitoreo de norma de emisión.</u> La evidencia que consta en el expediente es suficiente para concluir que la unidad económica <u>conocía perfectamente sus obligaciones para ambos instrumentos, por cuanto había sido fiscalizada y sancionada previamente respecto de los cargos N° 1, 2 y 7. Además, por esas mismas razones estaba en conocimiento de que los incumplimientos incurridos sin duda tienen aptitud para afectar el bien jurídico protegido, que en este caso es la indemnidad de la calidad ambiental del sector costero del lago Llanquihue, donde se emplaza la planta de tratamiento de RILes, y de las aguas subterráneas.</u> Por tanto, ss rechazará esta alegación de la Reclamante.” (C. 48)</p>
Tercer Tribunal Ambiental	R-64-2018	<p>“ La SMA, a su vez, justificó la categorización de “<u>sujeto calificado</u>” <u>de Celco</u> respecto del factor de intencionalidad alegada porque, por una parte, decidió no informar acerca del derrame de licor verde ocurrido, al momento de la visita inspectiva llevada a cabo el 22 de enero de 2014, pese a la obligación de hacerlo conforme se consigna en la RCA N° 70/2008 y, por otra, por haber asumido dicha actitud teniendo el conocimiento técnico especializado sobre la forma en que pudo haber ocurrido el evento y de los efectos del mismo.” (C. 86)</p>

“Celco, en su calidad de titular del Proyecto, no puede desconocer sus actuaciones y tampoco las condiciones en que debe llevar a cabo su actividad. A través del SEIA, aun cuando sea la autoridad administrativa respectiva quien califica ambientalmente los proyectos, ha sido el propio Titular quien ha propuesto las condiciones y medidas para desarrollar su proyecto, de forma previa a la ejecución de las obras o actividades, por tanto está en pleno conocimiento de lo que debe hacer, la forma y el momento de hacerlo (Cfr.: 2TA, Rol R 76 2015,05/10/2016, cs. 104°).” (C. 88)

“Al contar Celco con personal técnico y jurídico capacitado para conocer y comprender cabalmente las obligaciones que por norma está sujeto, se encuentra en una posición especial de obediencia frente a los bienes jurídicos que protege la legislación ambiental. Asimismo, el Tribunal es de la opinión que, los titulares de una RCA realizan una actividad que supone un riesgo para el medio ambiente, por lo que el estricto cumplimiento de la RCA impone, necesariamente, la obligación de prevenir la ocurrencia de tales riesgos, estando estos en la posición más inmediata para evitarlos. Es por ello que, necesariamente, los estándares de diligencia a los que está sometido son más estrictos. Adicionalmente, la omisión sistemática de información no es una conducta que se pueda atribuir al descuido o a la casualidad, sino que corresponde a una decisión voluntaria.” (C. 89)

Tercer Tribunal Ambiental

R-18-2019

“ Que, como es evidente, resulta dificultoso que el tercero coadyuvante [Titular del proyecto] estuviese comprendido en el criterio (v) antes transcrito. Es más, la misma gula define a lo que denomina “sujetos calificados”, es decir, aquellos que “desarrollan su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales exige nuestra legislación.”(C. 35)

“ Es decir, para un sujeto calificado como lo es el Titular, no es aceptable bajo ninguna circunstancia, que confunda los conceptos

de potencia bruta y potencia neta, y mucho menos que proceda a instalar y sobredimensionar la única unidad construida” (C. 38)

Segundo Tribunal Ambiental R-174-2018

“ A juicio de esta judicatura, el reconocimiento del carácter de sujeto calificado de Eco Maulé S.A. por parte de la SMA no implica una vulneración del principio de presunción de inocencia, así como tampoco una manifestación del sistema de responsabilidad objetiva. El carácter de sujeto calificado, para efectos de la ponderación de la circunstancia del artículo 40 letra d) de la LOSMA, implica como bien señalan las Bases Metodológicas 2015 que el titular de un proyecto, a partir de su conocimiento y experiencia en el giro, tiene mayor conocimiento de las obligaciones que le incumben y que están señaladas en las respectivas RCA. Atendido, estos razonamientos, la alegación será desestimada.” (C. 76)

“ En cuanto a la intencionalidad en la comisión de la infracción, y como se señaló en el acápite respectivo, Eco Maulé S.A. tiene la calidad de sujeto calificado, por lo cual no puede desconocer las obligaciones y compromisos contenidos en sus RCA.” (C. 205)

Segundo Tribunal Ambiental R-196-2018*

“ Que, conforme se estableció en el considerando décimo, la reclamante reconoció explícitamente la realización de la actividad de producción de huevos, incluso de manera previa a la entrada en vigor de la Ley N° 19.300, así como haber tramitado las RCA N° 260/1999, 51/2005 y 83/2009, asociadas a los planteles Las Rastras y San Francisco. De esta manera, es FMC Ltda. La persona que se encontraba en especial conocimiento de sus obligaciones y aquella que tiene un perfil de sujeto calificado.” (C. 59)

[Prevenición Ministro Sabando] “ En el caso de autos y a la luz de los antecedentes, lo correspondiente era eventualmente reprochar, además, por la falta de cambio de titularidad, si la SMA constató que era otra persona -jurídica en este caso la que estaba ejecutando el proyecto. Así, este Ministro concluye que sancionar a un sujeto distinto del titular de la RCA constituye una infracción al principio

de legalidad, lo que exige dejar sin efecto el procedimiento sancionatorio sustanciado”

LISTADO BIBLIOGRÁFICO

1. ALVEAR, J. 2015. Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica un paradigma a desarrollar. *Revista de Estudios Constitucionales* 13(1):321-372.
2. AVILÉS, S.; NÚÑEZ, M. y VILLANUEVA, J. 2017. El rol de la conducta anterior del infractor en el procedimiento sancionatorio de la Superintendencia del Medio Ambiente. *Revista de Derecho Ambiental* (7):177-196.
3. ARACENA, P. 2017. Una interpretación alternativa a la justificación de garantías penales en el derecho administrativa sancionador para Chile. *Revista de Estudios de la Justicia* (26):96-144.
4. ARÓSTICA, I. 1987. Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (182):71-80.
5. BERLIN, I. 1969. Two concepts of Liberty [en línea] Oxford, Inglaterra <https://cactus.dixie.edu/green/B_Readings/I_Berlin%20Two%20Concpets%20of%20Liberty.pdf> [consulta : 15 octubre 2020].
6. BERMÚDEZ, J. 2011. 3.Potestad Sancionadora. En: *Derecho Administrativo General*. Santiago, Legal Publishing Chile. pp.273-294.
7. BERMUDEZ, J. 2011. Principio de Legalidad. En. *Derecho Administrativo General*. Santiago, Abeledo-Perrot: p. 64-78. 64-64
8. BERMÚDEZ, J. 2013. Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental. *Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso* (40):421-447
9. BORDALI, A. 1998. Constitución Económica y protección del medio ambiente. [en línea] *Revista de Derecho* (Universidad Austral), <<http://revistas.uach.cl/html/revider/v9supl.Especial/body/art06.htm>> [consulta : 24 noviembre 2020].
10. CAMACHO, G. 2006. Gladys. Publicidad y transparencia: nuevos principios constitucionales de la actuación de los órganos del Estado de Chile .En *Ensayos jurídicos contemporáneos: testimonio de una huella académica*. Ed. Piere Foy .. Lima: Instituto Pacífico S.A.C: .47-77
11. CAMACHO, G. 2007. La Legitimidad de la Potestad Administrativa Sancionadora. *Revista de Derecho Público* (89):9-23.
12. CAMACHO, G. 2016. Los particulares como sujetos del procedimiento administrativo. *Revista de Derecho PUCP* (67) 1: 285-308
13. CAMACHO, G., 2015. Probidad y transparencia en las bases de la institucionalidad. En *Las bases de la institucionalidad: realidad y desafíos* : 253-290. Pp. 254-256.
14. CARRASCO, E., y HERRERA, J., 2014. Criterios para determinar la tipicidad de una resolución de calificación ambiental. [en línea] *Sanciones Administrativas. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo*, Asociación de Derecho Administrativo < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALAY%2F2015%2F41712396%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=e5452c42e2b062bd7e5517d>

- aad6aff58&eat=5756D5F0-CF01-EEE1-EEA4-A434E6806AD6&pg=42&ppl=&nvgS=false >
[consulta: 15 octubre 2020]
15. COUSO, J. Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema. *Revista Ius et Praxis* 24(1):437-496.
 16. CORDERO, E. y ALDUNATE, E. 2012. Las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (39):337-361.
 17. CORDERO, L., 2003. Limitando la ley de procedimiento administrativo. una interpretación intolerable. *Revista Chilena de Derecho.* (30)3: 549-552.
 18. CORDERO, L. 2015. Actividad sancionadora o el denominado 'Derecho Administrativo Sancionador' [en línea] Santiago, Chile. VI. <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2015/41778793/v1/document/AB8E3F6E-A4DC-6DDD-1C7F-0A00ECE8BEE2/anchor/AB8E3F6E-A4DC-6DDD-1C7F-0A00ECE8DC-6DDD-1C7F-0A00ECE>> [consulta : 15 octubre 2020].
 19. CORDERO, L. 2020. El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno. *Revista Ius et praxis* (40):421-447.
 20. DONOSO, A., 2020 "Zonas de sacrificio" y justicia ambiental. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5.888-2019. *Anuario de Derecho Público 2019 de la Universidad Diego Portales*:209-229
 21. DOUGNAC, F. 1986. La garantía constitucional del N° 21 del artículo 19 de la Constitución en relación con las demás que configuran el "orden público económico". [en línea] *Gaceta Jurídica*, Año XI, 1986, Número 68 <<https://westlawchile-cl.uchile.idm.oclc.org/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b000001737846aee6a74e1bfe&docguid=i9BE9B7A2682BB12F6E66ED128190C5D0&hitguid=i9BE9B7A2682BB12F6E66ED128190C5D0&tocguid=&spos=8&epos=8&td=8&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1ACD7B5&searchFrom=&savedSearch=false&context=10&crumb-action=append&fromSH=true>> [consulta : 15 octubre 2020].
 22. ESPINOZA, C. et al. 2019. Afectación de niños, niñas y adolescentes por contaminación en Quintero y Puchuncaví. Valparaíso, Defensoría de la Niñez. [en línea] < <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2020/05/S%C3%ADntesis-integrada-de-los-3-m%C3%B3dulos-y-recomendaciones-Estudio-Afectaci%C3%B3n-Quintero-y-Puchuncav%C3%AD.pdf> > [consulta: 2 diciembre 2020]
 23. FERNANDOIS, A. 2005. Invalidez administrativa y caso Celco. Estabilidad o precariedad de los permisos ambientales. *Sentencias Destacadas. Libertad y Desarrollo*: 9-30.
 24. FOLCHI, M. 2019. Ecologismo de los pobres: conflictos ambientales y justicia ambiental. [en línea] < https://www.researchgate.net/publication/337224098_Ecologismo_de_los_pobres_conflictos_ambientales_y_justicia_ambiental > [consulta: 2 diciembre 2020]
 25. FUENTES, J., 2014. La igualdad ante la ley y el ejercicio de las potestades sancionadoras de la Superintendencia de Medio Ambiente. [en línea] *Sanciones Administrativas. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo* < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2015%2F41712396%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=e5452c42e2b062bd7e5517daad6aff58&eat=5756D5F0-CF01-EEE1-EEA4-A434E6806AD6&pg=42&ppl=&nvgS=false> >
[consulta: 15 octubre 2020]
 26. GARRIDO, F. 1959. Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas. *Revista de administración pública* 28: 11-50. P. 21.

27. GARCÍA, P. 2016. El principio del ne bis in idem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. *Revista Política Criminal* 11(21):21-33.
28. GARCÍA, M. 1997. La Naturaleza Jurídica de la Autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público. *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (1):337-352.
29. GÓMEZ, R. 2018. Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa - la necesidad de estándares legales al establecer una Sanción Administrativa. *Revista Chilena de Derecho*.2(45): 531-544. P. 534
30. GÓMEZ R. 2019. Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. *Revista de Derecho del Estado* (44): 361-384. p.374
31. GÓMEZ, R. 2020. Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *Revista Ius et Praxis* 26(2):193-218
32. GUILOFF, M. y SOTO, P. 2015. Sanciones Administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsiva. En. *La Nueva Justicia Ambiental*. [en línea] Coord. Por FERRADA, J, BERMUDEZ, J. y PINILLA, F. < https://www.researchgate.net/profile/Pablo_Soto_Delgado/publication/281116663_Sanciones_administrativas_discrecionalidad_y_revisio_n_judicial_una_mirada_desde_la_regulacion_responsiva/links/561d348e08ae50795afd78bb/Sanciones-administrativas-discrecionalidad-y-revisio_n-judicial-una-mirada-desde-la-regulacion-responsiva.pdf > [consulta: 2 diciembre 2020]
33. HERVÉ, D. 2015. *Justicia Ambiental y Recursos Naturales*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso
34. HERVÉ, D. y BERMÚDEZ, J. 2013. La jurisprudencia ambiental reciente: tendencias al reconocimiento de principios y garantismo con los pueblos indígenas. *Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales*:237-255.
35. HOLMES, S. 1993. Misunderstanding the liberal past. En: *The anatomy of antiliberalism*. Cambridge, Massachussets, Estados Unidos, Harvard University Press. pp. 184-256.
36. HUEPE, F. El problema de la discrecionalidad en la potestad sancionadora de la Administración. Su control a través del principio de razonabilidad. [en línea] *Sanciones Administrativas*. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo < <https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2015%2F41712396%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=e5452c42e2b062bd7e5517daad6aff58&eat=5756D5F0-CF01-EEE1-EEA4-A434E6806AD6&pg=42&psl=&nvgS=false> > [consulta: 7 de diciembre 2020]
37. HUNTER, I. 2015. La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: notas a propósito de la Ley de Tribunales Ambientales. *Revista Chilena de Derecho* 42(2):649-670.
38. HUNTER, I., 2020. Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia ambiental. [en línea] *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaíso*. (54) < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/2020nahead/0718-6851-rdpucv-00105.pdf> > [consulta: 20 octubre 2020]
39. FERNÁNDEZ, R. 2019. Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. *Revista de Derecho del Estado* (44):361-384.
40. JARIA, J. 2019. Los principios del derecho ambiental: concreciones, insuficiencias y reconstrucción. *Ius et praxis* 2(25): 403-442. pp. 410-411.
41. KERVÉGAN, J. 2007. La mediación política en la sociedad civil: justicia y policía. En: Hegel, Carl Schmitt. *Lo político: entre especulación y positividad*. Madrid, Escolar y Mayo. pp. 229-234.

42. KUHN, T. . 2004. La Estructura de las revoluciones científicas. México: Fondo de Cultura Económica.
43. LETELIER, R. 2013. Presupuestos metodológicos para el análisis de la nulidad en el Derecho Administrativo. . En: La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno Ed. por Juan Carlos Ferrada Borquez. Santiago Legal Publishing: 11-28.
44. LETELIER, R. 2014. Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos. Revista Chilena de Derecho 41(2): 609-634.
45. LETELIER, R. 2017. Garantías penales y sanciones administrativas. Revista Política criminal (24):622-689.
46. LETELIER, R. 2018. Principio o funciones en las sanciones administrativas. En: MONTAÑA, A. y RINCÓN, J. (Eds.). Poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción. XIX Jornadas Derecho Administrativo. Bogotá, Editorial de la Universidad de Externado. pp. 920-950.
47. LETELIER, R., 2018. El precio del statu quo . Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas. Revista de Derecho (Valdivia) (31): 209-229. 222-223
48. LOO, M. 2017. El significado del procedimiento administrativo. Revista de Derecho del Estado (38): 155-175.
49. LONDOÑO, F., 2014, Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio. Revista de Derecho (27): 147-167; pp.156-158
50. MAÑALICH, J. 2014. El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. Revista Política Criminal 9(18):543-563.
51. MAÑALICH, J. 2012. Reglas primarias de obligación Las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho de H.L.A. Hart. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (11):571-585.
52. MAÑALICH, J. 2015. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. Una defensa de la teoría de la retribución de Ernst Beling. Indret (4):1-32.
53. MEILAN, J. 1973. Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión (a propósito de la Montt, S. 2010. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurídicadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. [en línea] http://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/08/Documento_de_trabajo_4_Autonomia_responsividad_Montt.pdf [consulta: 10 de diciembre 2020s centrales lecheras). Revista de administración pública (71):59-100.
54. MORAGA, P. 2018. Comentario Sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá de 9 de agosto de 2018, sobre Páramo de Pisba. [en línea] <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencial-dia-iberoamerica-colombia-mineria-derechos-fundamentales-participacion-ciudadana/> [consulta: 16 octubre 2020].
55. MORAGA, C. 2009. Contratación Administrativa. Chile: Editorial Jurídica.
56. MORAGA, C. y PANTOJA, R. 2013. Anotaciones sobre el procedimiento administrativo según la jurisprudencia de los tribunales chilenos. Chile. Thomson Reuters.
57. ROJAS, C. 2020. Bases metodológicas para el análisis del derecho del medio ambiente en su faz activa o direccional. Revista de Derecho del Estado (45):275-203. Pp. 292-297.
58. ROMÁN, C. 2008. Derecho Administrativo Sancionador ¿ser o no ser? He ahí el dilema. En: PANTOJA, E. (Ed.). Derecho Administrativo. 120 Años de Cátedra. Santiago, Editorial Jurídica. pp. 107-141.
59. ROMAN, C. 2020. Derecho administrativo sancionador en Chile: “Ubicación” y “Límites”. Derecho & Sociedad (54): 155-170.
60. MARDONES, M. y CANNONI, N. 2016. Caducidad de la resolución de calificación ambiental y reglamento del SEIA. Revista Chilena de Derecho 43(2):575-602.

61. MOYA, F. 2017. La aplicación de principios del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador. Comentarios a partir del último fallo Bocamina. Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales 227-239.
62. OLIVARES, A. 2016. Los principios Ambientales en la actividad del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Constitucionales (14) 2: 435-460. p. 456
63. OSORIO, C., 2019. Jurisprudencia sobre Tribunales Ambientales, Derecho Administrativo Sancionador Ambiental <<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2018%2F42494546%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#>> [consulta: 15 octubre 2020].
64. OSORIO, C., 2017. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador 2 ° Edición Actualizada Ambiental <<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2017%2F42134041%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=0&eid=649722e7c84699d8e6a3860ef0ab0cc0&eat=F5C07164-0797-2227-B548-3B62ABBF0B43&pg=&psl=e&nvgS=false>> [consulta: 15 octubre 2020].
65. OSORIO, C. y PEROTI, F. 2018. Notas sobre los Planes y la actividad administrativa de planificación: el caso del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica. Revista Justicia Ambiental(9): 181-215
66. OGUS, A. 2007. Estructuras e instituciones regulatorias. Themis-Revista de Derecho (54):273-285.
67. OLIVARES, A. 2016. Los principios ambientales en la actividad del Tribunal Constitucional. Revista Estudios Constitucionales 14(2):435-460.
68. QUEZADA, F. El procedimiento administrativo sancionador en la Ley N° 19.880. [en línea] Sanciones Administrativas. Actas de las X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo <<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2015%2F41712396%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=e&eid=e5452c42e2b062bd7e5517daad6aff58&eat=5756D5F0-CF01-EEE1-EEA4-A434E6806AD6&pg=42&psl=e&nvgS=false>> [consulta: 15 octubre 2020]
69. RAWLS, J. 2006. Teoría de la Justicia. México, Fondo de Cultura Económica
70. SALINAS, C., 2019. Análisis Crítico de las Prerrogativas Sancionatorias del Estado. [en línea] Bases para la comprensión autónoma del derecho sancionador regulatorio en Chile <<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2019%2F42687349%2Fv1.1&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=0&eid=5d860b7e29fd92a5771613ba95b2c81b&eat=F86CB462-56ED-B2C2-18C8-F6D2B86A0B71&pg=&psl=e&nvgS=false>> [consulta: 15 octubre 2020]
71. SÉPULVEDA, D. 2012. Invalidación sobreviniente: el caso de la resolución de calificación ambiental. Santiago, Abeledo Perrot.
72. SÉPULVEDA, D. 2019. La modificación de la normativa ambiental aplicable a un proyecto que cuenta con una resolución de calificación ambiental. [en línea] Revista de Derecho Aplicado LLMUC3 jul. 31 2019 (3) <<http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/1121>> [consulta: 16 octubre 2020].
73. SOTO, E. 2005. Sanciones administrativas ¿camino de servidumbre?. Gaceta Jurídica (296):1-8.
74. SOTO, P. 2015. Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. Revista Ius et Praxis 22(2):189-226
75. SOTO, P. 2017. Sanciones administrativas, principios de proporcionalidad y efecto de la inaplicabilidad cuando la gestión pendiente revisa un acto administrativo. El Tribunal Constitucional como contencioso en multas en el Caso Cascada. Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales 287-331.

76. VAN WEEZEL, A. 2016. Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo. *Revista Política Criminal* (24):997-1043.
77. VELASQUEZ, C. 2004. Ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en España y Colombia para la protección del Medio Ambiente y los recursos naturales. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte* (22):1-64. P. 9.
78. ZÚÑIGA, F. 2015. El retorno a lo administrativo: Comentario a la sentencia rol N° 1079-2014 de la Corte Suprema, “Fisco de Chile con Dörr Zegers y otros” (“Chispas II”). *Revista de Estudios Constitucionales* (13): 399-416.
79. ZÚÑIGA, F. y OSORIO, C. 2016. Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. *Revista de Estudios Constitucionales* 14(2):461-478.

Jurisprudencia citada³⁹³.

1. Jocelyn-Holt con Ilustre Municipalidad de Las Condes (2019): Corte Suprema, 5 de julio de 2019, en autos rol N° 18.721-2019.
2. Celulosa Arauco Constitución S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente (2020): Tercer Tribunal Ambiental, 10 de febrero de 2020, en autos rol R-64-2018.
3. Gervana del Carmen y otros con Superintendencia del Medio Ambiente (2020): Tercer Tribunal Ambiental, 31 de marzo de 2020, en autos rol R-18-2018.
4. Aconser SpA con Superintendencia del Medio Ambiente (2020): Tercer Tribunal Ambiental, 24 de junio del 2020, en autos rol R-9-2020.
5. Turismo Lago Grey S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente (2020): Tercer Tribunal Ambiental, 12 de agosto de 2020, en autos rol R 28-2019
6. Compañía Minera Nevada y otros con Superintendencia del Medio Ambiente (2020): Primer Tribunal Ambiental, 17 de septiembre de 2020, en autos rol R-5-2018
7. Alonso Raggio Katta Beatriz y otros con Ministerio del Medio Ambiente (2020) : Segundo Tribunal Ambiental en la Sentencia, 14 de octubre de 2020, en autos rol R-219-2019.
8. Comunidad Indígena Quechua de Huatacondo con Superintendencia del Medio Ambiente (2020): Primer Tribunal Ambiental, 27 de octubre de 2020, en autos rol R-21-2019.
9. Compañía Minera Candelaria con Superintendencia del Medio Ambiente (2020): Segundo Tribunal Ambiental, 20 de noviembre de 2020, en autos rol R-140-2016.

³⁹³ No considero la referida desde el Libro de Osorio pues está referenciada en la cita al libro, ni el anexo.