

CERTEZA Y JUDICIALIZACIÓN. A PROPÓSITO DEL ROL DE LOS JUECES EN EL SISTEMA DE
EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL¹

Osvaldo de la Fuente Castro. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y Magíster en Derecho Público, Universidad de Chile.

Manuel Zárate Campos. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, por las Universidades Central de Barcelona y Pompeu Fabra. Diplomado en Regulación y Competencia, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Diplomado en Gerencia Pública, Departamento de Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile.

¹ Propuesta Preliminar presentada en el proceso de selección Jornadas SCHPP (23.11.2012). Se hace presente que las opiniones y comentarios incluidos en dicha propuesta son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

I. INTRODUCCIÓN

En el último tiempo, se ha hecho frecuente un debate público entorno a la revisión judicial tanto del procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental como su acto de término, la resolución de calificación ambiental. Han surgido una serie de críticas sobre la judicialización de proyectos de inversión y la certeza jurídica ha sido puesta en duda.

En este trabajo, se propone redirigir la discusión a un aspecto esencial en toda decisión jurídica: la prueba de los hechos objeto de dicha judicialización.

Para estos efectos, se hará una breve reseña de la discusión pública sobre la judicialización de proyectos de inversión que han ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), a fin de identificar las ideas principales que nutren dicho debate. Luego, se presentará las ideas que sustentan, desde la teoría legal, la revisión judicial de la actividad administrativa, con la finalidad de demostrar que el control de los jueces no es una deficiencia o externalidad negativa, sino muy por el contrario un mecanismo que contribuye a incrementar la certeza jurídica. Finalmente, se analiza un aspecto clave del control judicial de la administración, correspondiente a la prueba de los hechos que fundamentan la decisión de los órganos de la Administración del Estado, aspecto relativamente olvidado por el Derecho Administrativo Chileno y que resulta esencial considerar para dar entender el rol que tienen los jueces respecto a las decisiones adoptadas en el SEIA.

II. BREVE RESEÑA DEL DEBATE PÚBLICO: ¿JUDICIALIZACIÓN EXCESIVA O ESPERABLE?

1. La mirada del sector privado

Casi como un lugar común, durante los dos últimos años se ha vuelto recurrente advertir en la prensa nacional - en particular aquella especializada en cubrir el ámbito económico y financiero – la explícita preocupación de entidades empresariales tales como la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), el Consejo Minero, la Asociación de Generadoras, entre otras, respecto al incremento de la **judicialización** de los procesos de evaluación de importantes proyectos de inversión, como también de proyectos que evaluados favorablemente, su funcionamiento ha motivado la interposición de acciones judiciales por parte de las Comunidades afectadas, con la finalidad de suspender su actividad².

Veamos algunos ejemplos:

- a) De acuerdo a cifras de la SOFOFA, *en la actualidad hay más de US\$20.000 millones en grandes proyectos de inversión que no han visto la luz debido a la resistencia de ciertas comunidades. La entidad empresarial revela que de las 100 mayores iniciativas privadas hasta 2020, que suman US\$ 124.616*

² Para mayores detalles, CORDERO (2012).

millones, hay a lo menos ocho grandes proyectos que se encontrarían en riesgo de desarrollo y que totalizarían US\$ 22.084 millones. En este sentido, Andrés Concha, presidente de Sofofa señaló que Lo que está sucediendo en el sector energía es que los proyectos de expansión del sistema están tomando demasiado tiempo en materializarse. Esto, principalmente debido a la judicialización”³.

- b) Según René Muga, Gerente General de Generadoras de Chile, *la judicialización del proceso de aprobación ambiental sigue deteniendo la posibilidad de diversificar la matriz energética y hacer más competitiva la industria*⁴.
- c) Para el presidente ejecutivo del Consejo Minero Joaquín Villarino, el aumento en la judicialización es una coyuntura cuyas responsabilidades son compartidas, y añade que es primordial llegar a un equilibrio que permita dar mayor rapidez a la concreción de los proyectos. Según Villarino, *Siempre es malo echarle la culpa al empedrado; aquí debe haber responsabilidades recíprocas (...) ahora, también creo que hay que establecer equilibrios que hagan esto viable y razonable y dejar de tener expectativas que son inabarcables y que constituyen abuso de derecho y verdaderas extorsiones que son inaceptables*⁵.
- d) Para el presidente del directorio de Antofagasta Minerals, Jean-Paul Luksic, *Hoy estamos viendo cómo parte importante de los proyectos se judicializan; lo que es malo para todos, porque se crea inseguridad y se desincentiva la inversión. No podemos darles el paso a los abogados para que sigan lucrando con ello; hay peleas que son honorables, pero hay otras que sólo son extorsión*⁶.

¿Qué deberíamos entender por judicialización de proyectos de inversión?

Según la opinión del Director Ejecutivo Fundación Casa de la Paz, dicha idea o concepto correspondería al *fenómeno donde el proceso de aprobación, calificación ambiental, o consulta indígena de una iniciativa, es llevada ante el Poder Judicial, por lo general mediante la presentación de un recurso de protección, porque alguno de los interesados considera que se ha infringido alguna de las garantías constitucionales de la cual es sujeto, a saber: igualdad ante la ley, derecho a la salud, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, entre otros*⁷.

2. La respuesta del Ejecutivo

Según la ministra de Medio Ambiente, María Ignacia Benítez, *las causas ambientales han aumentado en los últimos años, pero tiene que ver con que el*

³ <http://web.sofofa.cl/Noticias/judicializacion-de-los-procesos-de-evaluacion-ambiental-de-proyectos-se-duplica-desde-2008-2/>

⁴ http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=56910

⁵ <http://web.sofofa.cl/Noticias/judicializacion-de-los-procesos-de-evaluacion-ambiental-de-proyectos-se-duplica-desde-2008-2/>

⁶ <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=100336>

⁷ www.elmostrador.cl 7 noviembre 2012.

*tema ambiental se ha vuelto relevante para la opinión pública. Se habla mucho de judicialización de proyectos sometidos al SEIA, pero debe tenerse presente que de 1.200 proyectos aproximadamente que se califican por año, sólo se presentan 20 recursos de protección en promedio. (...) no podemos hablar de una excesiva judicialización de los proyectos de inversión. No nos parece que 29 recursos sean un exceso, sobretodo cuando estamos hablando de proyectos complejos. Por lo demás, en lo que va del año ya se han resuelto siete de estos recursos*⁸.

Respecto a si existe responsabilidad de los titulares en la judicialización de los proyectos, la ministra Benítez señala que *Sí en la medida que a veces entregan información incompleta en el proceso de Evaluación Ambiental. Muchas veces existe una especie de minimización de los impactos ambientales reales. Esto se traduce también en defectos en la línea de base ambiental de los proyectos. Otras veces hay falta de información o se incorpora información que no es importante para la correcta evaluación ambiental*⁹.

Según el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), en 12 años se han llevado a juicio 108 Estudios de Impacto Ambiental (EIA), de los cuales 15 obedecen al Convenio 169 de la OIT, que reconoce derechos sobre la tierra y los recursos naturales y exige a los estados que se consulten a los pueblos indígenas cuando éstos puedan ser afectados. En cuanto a las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), el total de propuestas llevadas a juicio suma 38 proyectos, de los cuales dos fueron paralizados por la justicia de acuerdo al convenio con la OIT. Finalmente, según las estadísticas del SEA, previo a 2008, el promedio de juicios ambientales se reducía a 6 instancias por año, mientras en el rango que comprende los años 2009 y 2011, esta cifra aumentó ostensiblemente, a un promedio de 11 recursos presentados cada doce meses¹⁰.

El Nuevo Reglamento del SEIA y el funcionamiento de los Tribunales Ambientales: ¿Remedio a la judicialización?

Respecto al nuevo Reglamento del SEIA, el cual debería ingresar prontamente a la Contraloría para su Toma de Razón, dicha normativa reglamentaria tiene por finalidad generar un diálogo más fluido entre inversionistas, la comunidad y el servicio de evaluación, teniendo como tema de fondo *evitar la excesiva judicialización o que la judicialización sea por temas que no son realmente importantes*, según lo ha afirmado el Subsecretario de medio Ambiente, Ricardo Irarrázabal¹¹.

⁸ <http://www.pulso.cl/noticia/actualidad-politica/actualidad/2012/08/2-10436-9-maria-ignacia-benitez-no-podemos-hablar-de-una-excesiva-judicializacion.shtml>

⁹ <http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/empresa/2012/08/11-10435-9-judicializacion-de-los-procesos-de-evaluacion-ambiental-de-proyectos-se-duplica.shtml>

¹⁰ <http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/empresa/2012/08/11-10435-9-judicializacion-de-los-procesos-de-evaluacion-ambiental-de-proyectos-se-duplica.shtml>

¹¹ http://www.revistaei.cl/noticias/index_neo.php?id=34232

En cuanto a la entrada en funcionamiento de los Tribunales Ambientales, las opiniones están divididas. Mientras para los gremios mineros y energéticos, en particular, la nueva justicia ambiental traerá mayores certezas jurídicas, abogados dedicados al ámbito ambiental advierten que podría generarse un aumento en el número de causas judicializadas, atendido a que a los juicios que vería el tribunal especializado se sumarían los recursos de protección, cuyo conocimiento corresponde en primera instancia a las Cortes de Apelaciones del país, pudiendo llegar a ser conocidas vía apelación a la Tercera Sala de la Corte Suprema¹².

III. UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO PÚBLICO

1. Replanteamiento de la discusión

Consideramos que para un adecuado análisis de esta situación, por cierto delicada, es necesario replantear el tema conforme a conceptos desarrollados por la teoría legal.

En una primera aproximación, podemos señalar que la referida judicialización no es otra cosa que el control judicial de los actos de la administración del Estado, que encuentra reconocimiento constitucional en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política. Conforme a dicha disposición:

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

¹² Según Julio Lavín, socio del estudio Jara del Favero, cree que aumentará la judicialización, dadas las múltiples vías que se abren hacia el Tribunal Ambiental. Entre ellas, los recursos de reclamación que pueden presentar la ciudadanía o los titulares de proyectos tras acudir al Comité de Ministros; los reclamos en contra de las facultades de fiscalización de la Superintendencia; los reclamos sobre la dictación de normas de calidad, emisión o planes de prevención y descontaminación, y los juicios por daño ambiental. *“Para los titulares de proyectos, la cosa empeorará. Al final, se necesitarán más abogados que ingenieros para llevar adelante un plan”*, plantea el socio de Guerrero Olivos Novoa Errázuriz, Clemente Pérez. El que puedan existir juicios en forma paralela *“es algo que no está claro cómo se resolverá”*, apunta Javier Vergara, socio de Vergara Galindo Correa. Agrega que se debe tener en cuenta que en los últimos años los tribunales superiores *“han cambiado sustancialmente su jurisprudencia. Se puede recurrir en cualquier etapa de la evaluación ambiental”*, lo cual trae incertidumbre, afirma. El socio de Cariola Diez Pérez-Cotapos & Cía., Gonzalo Jiménez, añade que la Suprema tendrá siempre la última palabra. *“Si sus integrantes reconocen la mayor especialización de los tribunales ambientales, podrían optar por alterar lo resuelto en la medida en que haya un error en la aplicación del derecho. De lo contrario, es posible que caigan en la tentación de reescribir los fallos del tribunal ambiental, con el consecuente detrimento de la seguridad jurídica”*. Para el socio de Carey & Cía., Juan Francisco Mackenna, el éxito de los tribunales especializados, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, va de la mano de la calificación de los jueces a cargo. Y en ello advierte riesgos, como *“que se sometan a revisión los aspectos puramente técnicos de una decisión administrativa tomada en su oportunidad por los organismos pertinentes”*.

De acuerdo a lo anterior, los jueces no actúan a iniciativa propia, sino que son requeridos para que emitan un pronunciamiento por una persona que se siente afectada por alguna decisión de la autoridad (por ejemplo, la autorización de un proyecto de inversión), solicita protección jurídica ante un tribunal, quien de este modo revisa el contenido de la decisión.

Precisado lo anterior, en lo que sigue desarrollaremos algunas ideas básicas según el siguiente plan de exposición. La primera, que la “judicialización” no es un mal, sino todo lo contrario: los jueces contribuyen a dar certeza, imprescindible para que sea posible la vida en sociedad. Luego, revisaremos el modelo de razonamiento judicial y los problemas que tiene el juez al conocer la impugnación de decisiones de la administración del Estado, para concentrarnos particularmente en la determinación de los hechos que determinan la decisión de la autoridad y su control judicial.

2. Los jueces y la certeza jurídica

Si es la propia Constitución Política la que encomienda a los jueces el control de los actos que realizan los órganos de la Administración del Estado, no debería sorprender su intervención en temas ambientales.

Nuestra carta fundamental recoge ideas que han sido desarrolladas durante mucho tiempo, al punto que el origen del Derecho Administrativo encuentra como uno de sus ejes centrales el estudio de técnicas de control del ejercicio del poder público (ESTEVE, 2012) y es reconocido ampliamente dicho control como un elemento del Estado de Derecho (LAPORTA, 2007, MACCORMICK, 2011), definido en forma clásica como “el gobierno de las leyes, no de los hombres”.

Para comprender las razones detrás de la tutela judicial frente a la actividad administrativa, es necesario repasar algunas ideas básicas de la teoría legal, específicamente las funciones del Derecho y los fundamentos del control judicial.

2.1 Funciones del Derecho

En términos generales, el Derecho se encuentra asociado a un conjunto de normas de conducta cuyo cumplimiento puede ser exigido por medio del uso de la fuerza. La diferencia con otros sistemas normativos, tales como las normas sociales o morales, se encontraría en la sanción ante el incumplimiento. Así, mientras en las normas sociales su incumplimiento trae como consecuencia el reproche social, en el caso de las normas jurídicas, se activan los mecanismos institucionales para reaccionar ante desviaciones, siendo quizás el caso más paradigmático el derecho penal, donde su incumplimiento puede acarrear una pena privativa de libertad.

La presencia de estos tres sistemas normativos evidencia una característica fundamental de los seres humanos: somos usuarios de normas (MACCORMICK, 2011). Su función es dar regularidad en nuestra interacción social, permitiendo la elaboración de planes de vida en función de las expectativas que tenemos de la conducta futura de otros (LAPORTA, 2007).

Siguiendo esta idea, y desde un punto de vista funcional, es posible conceptualizar al Derecho como un orden normativo institucionalizado (MACCORMICK, 2011). Este enfoque ofrece una mirada dinámica al conjunto de normas que regulan una sociedad, donde los diferentes sistemas normativos (moral, social y jurídico) representan el conocimiento interdependiente y compartido de las normas que lo componen¹³. En este sentido, de acuerdo a MACCORMICK,

Existe un orden cada vez que las personas se comportan en relación con otros sobre la base de una opinión que suponen recíproca sobre lo que es correcto hacer, en la medida en que se dé una suficiente comunidad (no perfectamente identidad) en las opiniones que mantienen y sobre las que actúan. (2011:35)

Lo característico del Derecho, aquello que lo diferencia de otros sistemas normativos, como el moral o social, es que comprende aquellas reglas, patrones de conducta, que han sido formuladas por alguna autoridad, lo que le otorga el carácter de “orden normativo institucional” (MACCORMICK, 2011). El Estado Constitucional Moderno se caracteriza, por lo demás, por la presencia de instituciones públicas a cargo de las funciones de dictar reglas y velar por su cumplimiento.

Sin embargo, el Derecho no se agota en reglas de conducta, sino también en reglas que confieren poderes a las autoridades (ATIENZA y MANERO, 2004; MORESO Y VILAJOSANA, 2004; MACCORMICK, 2011), haciendo de este modo predecible tanto la conducta de otros como las decisiones institucionales. Visto como un orden normativo institucionalizado, el Derecho puede ser comprendido como un triángulo de expectativas mutuas (Figura 1)¹⁴, donde el destinatario de la norma (individuo), los otros destinatarios y la autoridad a la cual le corresponde dar aplicación al derechos interactúan en un contexto de decisión estratégico.

¹³ Lo que es propio de contextos estratégicos de decisión, los cuales, según explican MORESO y VILAJOSANA, se refieren a “situaciones en las que se dan expectativas decisiones y acciones interdependientes: la mejor elección de una acción por parte de un participante depende de las acciones de los demás y por tanto de las acciones que uno espera que los otros realizarán, y que sabe que dependen a su vez de las expectativas que éstos tengan respecto a la acción de uno” (2004:34).

¹⁴ La imagen es de Diego MORENO, en la introducción a GOMETZ (2012).

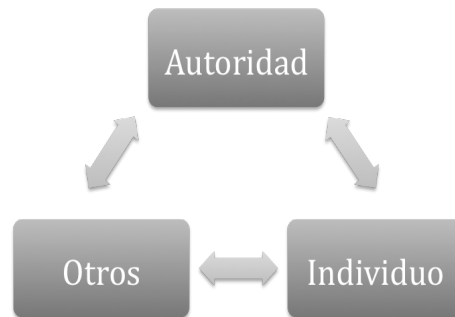


Figura 1

Esta conceptualización del Derecho permite comprender la función que cumple en la sociedad. En la medida que representa un conjunto de reglas compartidas por los miembros de una sociedad contribuye a solucionar el problema de interacción social y consecuentemente a dar certeza en la relaciones jurídicas (MORESO y VILASAJONA, 2004). Esta certeza jurídica, según propone GOMETZ, consiste en previsibilidad de las decisiones:

la certeza del derecho puede ser definida como la posibilidad, difundida entre los individuos comprendidos en una clase dada, de prever la gama de las consecuencias susceptibles de ser espontánea o coactivamente enlazadas a actos o hechos, así como el ámbito temporal en el cual tales consecuencias jurídicas se producirán (2012:36).

Conforme a lo anterior, y siguiendo a BARRAGÁN, la función de los jueces no se limita exclusivamente a resolver conflictos, sino que también, implícitamente, a “incrementar los niveles de confianza social, para disminuir los costos de transacción” (2003:193). Dicha autora agrega:

Cuando el juez tiene a la vista las funciones que le atañen como productor de “eventos públicos” que conocemos como sentencias debe considerar que está contribuyendo a la formación del “conocimiento común” sin el cual por una parte toda confianza colectiva es imposible, y por la otra todo acto de confianza individual coloca a quien lo practica en una situación de alta vulnerabilidad. Este “conocimiento común” es el núcleo de la parte informal de las instituciones y se refiere al cuerpo de conocimientos y valores necesarios para que la parte formal de esas instituciones funcione adecuadamente”. (2003:198)

2.2 Fundamentos del control judicial

En nuestro país, el control judicial de la Administración tiene un fundamento normativo: como vimos la Constitución Política establece una tutela judicial a cualquier persona que se vea lesionada en sus derechos por la actividad de la Administración.

En base a esta disposición y su desarrollo legislativo, es posible construir un sistema de impugnación de las decisiones de la Administración del Estado, en el cual se desarrollen los elementos que regulan su revisión judicial¹⁵.

La consagración constitucional del control judicial de la Administración obedece a una forma de comprender la relación del Estado con sus ciudadanos identificada con la noción de Estado de Derecho, donde el ejercicio del poder público se encuentra formalizado por medio de decisiones legislativas, órgano político que representa la voluntad general de la ciudadanía, único elemento legitimador de la actividad de la Administración (DE CABO, 2000).

En este sentido, el rol que cumplen los jueces es asegurar el cumplimiento de la ley, en el sentido que lo único que explica sus actos es el seguimiento de reglas legales, y la protección de derechos, los cuales son límites al ejercicio del poder.

En términos generales, la función de velar por el cumplimiento de la ley dice relación con la verificación de los elementos que hacen válidas las actuaciones de la Administración, los cuales se recogen en el artículo 7 de la Constitución Política en cuanto señala “[l]os órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.” En la medida que la única fuente de legitimidad de la actuación de las autoridades de la ley, no pareciera discutible que el control del cumplimiento de la legalidad es esencial en una sociedad moderna (CORDERO, 2007).

Si una de las funciones del Derecho es la certeza como predictibilidad, lo que justifica el control judicial de los actos de la Administración del Estado, para poner en movimiento la jurisdicción es necesario que exista un afectado, alguien que ha visto modificada su situación jurídica en forma negativa. En otros términos, las desviaciones a la legalidad requieren de cierta relevancia a fin de justificar los efectos de una sentencia que anule la decisión adoptada por otro órgano del Estado (DE LA FUENTE, 2012).

3. Modelo de razonamiento judicial

3.1 El modelo básico

Los jueces aplican a un caso concreto las reglas que han sido formuladas en forma previa tanto a nivel legal como infralegal. En la estructura de las normas jurídicas es posible distinguir dos elementos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica.

El supuesto de hecho, nos dicen MORESO y VILAJOSANA, “puede ser la descripción de una clase de personas (así, la clase de los mayores de dieciocho

¹⁵ Para el caso de la resolución de calificación ambiental, DE LA FUENTE (2012).

años), o la descripción de una clase de objetos (así, la clase de los ríos), o a descripción de una clase de acciones humanas (que una persona mate a otra, que una persona preste dinero a otra, etc.), o puede ser la descripción de un estado de cosas (el nacimiento de un ser humano, la ocurrencia de un terremoto, etc.).” El supuesto de hecho se encuentra integrado por los elementos de la realidad que son relevantes para efectos de aplicar la consecuencia jurídica que establece la norma, la cual puede ser “la calificación normativa de una acción humana como obligatoria, prohibida o permitida (así la obligación de un juez de imponer una sanción), o puede ser la atribución de una propiedad institucional a una clase de personas (por ejemplo como propietarios), objetos (por ejemplo como bienes muebles), acciones humanas (por ejemplo como asesinatos) o estados de cosas (así, cuando se declara al resultado de un terremoto zona catastrófica, se atribuye la propiedad de zona catastrófica a un determinado estado de cosas).” (2004:72).

La aplicación del Derecho “consiste en la *actividad* de pasar de unas premisas (normativas y fácticas) a una conclusión (fallo)”. Consiste, de este modo, en un silogismo donde se identifica dentro del ordenamiento jurídico la premisa normativa (norma aplicable), la premisa fáctica (el caso que se le ha presentado al juez para su conocimiento y fallo) y la conclusión (la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la norma). Este modelo de razonamiento judicial puede ser graficado de la siguiente manera:



Figura 2

3.2 El modelo aplicado al control judicial de la administración

En el caso del control judicial de la Administración del Estado, existe una decisión institucional previa, según el modelo de razonamiento recién explicado. La sentencia del juez constituye una nueva decisión institucional que revisa la aplicación de la norma jurídica realizada por la administración. En ese sentido, constituye una decisión de segundo grado, cuyo objetivo es verificar el cumplimiento de la legalidad (DE LA FUENTE, 2012), único elemento legitimador de la actividad de la Administración (DE CABO, 2000).

Al momento de conocer un caso concreto, en términos generales, el juez puede enfrentarse a argumentos legales de tres tipos:

- Cumplimiento de reglas de debido proceso, donde interesa particularmente que se hayan cumplido los trámites esenciales establecidos en la ley para la adopción de la decisión respectiva¹⁶.
- Existencia de los elementos que componen el supuesto de hecho de la norma.
- Correcta aplicación de la consecuencia jurídica que establece la norma.

En este trabajo, nos interesa especialmente referirnos a la discusión dentro del proceso judicial de la existencia de los elementos que la norma identifica en el supuesto de hecho para dar aplicación a la consecuencia jurídica que prevé, por cuanto estimamos que gran parte de la discusión sobre la judicialización de proyectos de inversión que han ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental pueden ser reconducida y analizada de mejor manera revisando la prueba de los hechos en sede administrativa y su control judicial posterior.

4. El control de los hechos

4.1. Silogismo jurídico en el SEIA

Hemos sostenido que la sentencia que pronuncia un tribunal al revisar un acto de la Administración del Estado constituye una decisión de segundo grado, por cuanto se limita a revisar si dicho acto (decisión de primer grado) se conforma o no con el ordenamiento jurídico.

Lo anterior implica reconstruir el razonamiento por el medio del cual el organismo administrativo aplicó el Derecho en el caso concreto, esto es, según el modelo explicado anteriormente, si se presentaban los elementos establecidos en la norma para adoptar una decisión conforme a la consecuencia jurídica en ella establecida. En el caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, la disposición legal clave se encuentra en el inciso final del artículo 16 de la Ley 19.300, cuyo texto es el siguiente:

El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple con la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidos en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado.

En el caso de proyectos o actividades que debiendo ingresar al SEIA, conforme al artículo 10 de la Ley 19.300, generen alguno de los efectos, características o circunstancias que indica el artículo 11, debe ser presentado por medio de un Estudio de Impacto Ambiental.

¹⁶ Las discusiones entorno a la aplicación del Convenio 169 de la OIT, se enmarcan dentro de este argumento legal.

De este modo, la norma jurídica que aplica la autoridad ambiental al dictar una resolución de calificación ambiental es la siguiente:

Supuesto de Hecho	Consecuencia Jurídica
• Proyecto o actividad que requiere de evaluación ambiental con anterioridad a su ejecución • Su ejecución previsiblemente ocasionará impactos significativos al medio ambiente. • Titular ha propuesto medidas ambientales apropiadas • Se ha identificado correctamente la normativa ambiental aplicable al proyecto y el Titular ha demostrado que podrá dar cumplimiento a ella durante su ejecución.	Aprobación del estudio de impacto ambiental, lo que se formaliza por medio de la Resolución de Calificación Ambiental.

Como es posible apreciar, en el caso del SEIA, el supuesto de hecho no es nada simple y supone algo más que una mera constatación de la realidad. En primer lugar, la información que nutre la evaluación ambiental se refiere a eventos que no han ocurrido y que incluso puede que nunca ocurran, teniendo por tanto un carácter predictivo (HOLDER, 2006). Esta predicción, como consecuencia del carácter interdisciplinario del derecho ambiental, se desarrolla en función de conceptos técnicos y jurídicos que se caracterizan por su ambigüedad (conceptos jurídicos indeterminados).

Con relación a los conceptos técnicos, ESTEVE advierte sobre el carácter marcadamente valorativo de ellos, donde

“es evidente que estos conceptos de la ecología y las ciencias de la naturaleza no se concretan y definen por los elementos naturales: ni el oso nos dirá cuál es su hábitat, ni el salmón cuál es el caudal ecológico del río que pretende remontar; tampoco las especies forestales nos dirán cuáles son las autóctonas de un determinado territorio y, menos aún, qué gestión y aprovechamiento forestal ha de considerarse sostenible. Es evidente que esos y otros conceptos son aplicados e interpretados, como siempre, por seres humanos con lo que la criticada concepción antropocéntrica del derecho se mantiene inalterada” (2009:133).

Y respecto a los conceptos jurídicos, es frecuente que el legislador incorpore en el supuesto de hecho conceptos jurídicos indeterminados, los cuales se caracterizan por tener zonas de certeza positiva (donde es claro que es el caso) y negativa (donde es claro que no es el caso), y por otras zonas de incerteza (donde no es claro si el caso concreto cae dentro del concepto o no). Tal es el caso del carácter significativo de los impactos ambientales. En efecto, la información que proporcionan los distintos intervinientes respecto a las predicciones de lo que ocurrirá en el medio ambiente con la ejecución del proyecto o actividad son sólo datos que deberán ser valorados conforme a las circunstancias del caso a fin de determinar si son aceptables o tolerables (DE LA FUENTE, 2012).

En otros términos, la realidad no es algo dado, sino que los hechos deben ser interpretados en función de los elementos de juicio que aportan los intervinientes durante la evaluación de impacto ambiental. El silogismo por medio del cual se aplica el derecho a un caso concreto supone que las premisas son construidas por medio de una interpretación de los hechos, que se acreditan por medio de pruebas procesales (BLANQUER, 2006).

De este modo, la revisión judicial no se limita a revisar el resultado del razonamiento legal, sino que el juez revisa la manera en que las premisas del silogismo jurídico fueron construidas. Lo anterior tiene un impacto en la lógica del control judicial, el cual no se limita al acto administrativo sino que se expande hacia el procedimiento administrativo, es decir, el objeto del contencioso administrativo no será la resolución de calificación ambiental, sino que el expediente administrativo.

4.2. La importancia del procedimiento administrativo

La configuración de supuestos de hecho flexibles es una característica de la atribución legal de potestades a la Administración del Estado. Esta flexibilidad normativa se explica por las dificultades del legislador para regular las actividades humanas en una sociedad con desarrollo industrial y tecnológico como el actual. De acuerdo a PONCE (2001), esto ha implicado un verdadero cambio de paradigma jurídico donde es difícil referirse a la actividad administrativa como pura ejecución de la norma y donde adquiere un protagonismo cada vez más importante el procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo se materializa en un expediente, donde se documentan los trámites que ha seguido el organismo y los elementos de juicio tenidos en cuenta al momento de adoptar una decisión. La revisión del expediente administrativo, por tanto, es elemental para que el juez pueda ejercer su función de control de la actividad administrativa¹⁷.

4.3 El deber de motivación

El deber de motivación expresa la idea que “la decisión administrativa debe no solamente estar provista de autoridad, sino que también, de razones” (MORAGA, 2010:223), esto es, la autoridad debe expresar “los hechos y fundamentos de derecho” (artículo 11 Ley 19.880, de Bases del Procedimiento Administrativo) y fundamentar sus decisiones (artículo 41 Ley 19.880).

Lo anterior implica que en la decisión que adopta el organismo administrativo, que se formaliza por medio de una resolución, deben ser expresadas las razones que la justifican conforme al mérito de los elementos de juicio que

¹⁷ El control de los hechos, en efecto, es uno de los técnicas básicas para el control de la discrecionalidad administrativa. Al respecto, SAAVEDRA, 2011.

constan en el expediente administrativo, compuesto por las pruebas aportadas y admitidas por el instructor del procedimiento.

Al respecto, la Ley 19.880 establece la regla general en materia de prueba en los procedimientos administrativos disponiendo en el artículo 35 que:

Artículo 35. Prueba. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia.

Cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

En materia probatoria, FERRER (2007) ha identificado tres momentos fundamentales que garantizan la racionalidad del proceso de toma de decisiones sobre los hechos. Por una parte, la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas, donde la regla establecida en la Ley 19.880 es la aceptación de cualquier medio de prueba admisible en derecho, lo que excluye tanto la prueba ilícita como la improcedente o innecesaria. Luego, la valoración de los elementos de juicio o pruebas, donde la Ley 19.880 establece que serán apreciados en conciencia. Y finalmente, la adopción de la decisión sobre los hechos probados, lo que supone que se ha fijado un umbral a partir del cual una hipótesis se aceptará como probada (estándar de prueba).

Sobre el estándar de prueba en sede administrativa, el derecho chileno guarda silencio. La ley no ha fijado un umbral sobre el cual debe el instructor del procedimiento administrativo por acreditado un hecho, como sería la inexistencia de impactos ambientales significativos.

La definición de un estándar de prueba supone una ponderación entre los errores negativos frente los positivos en función de los valores sociales implicados (FERRER, 2007). Así, en materia penal, el estándar de prueba “por sobre toda duda razonable” se justifica por la intensidad de la sanción.

Por ello, es fundamental para una discusión sobre el estándar de prueba en materia ambiental determinar en primer lugar el objetivo del procedimiento administrativo y las consecuencias de la decisión, especialmente en caso de error. Respecto a la evaluación de impacto ambiental, es útil tener presente que, como han señalado GLASSON, THERIVEL y CHADWICK (2005), las evaluaciones de impacto ambiental no son ciencia; frecuentemente son realizadas bajo plazos muy acotados, y bajo estas condiciones la información incompleta y la simplificación de presupuestos son la norma. Siempre contienen valoraciones no examinadas ni explicadas, y serán siempre políticas.

En este sentido, la regulación de la etapa de seguimiento del SEIA, esto es, la tarea de verificar si el pronóstico sobre los impactos ambientales fue acertado y el cumplimiento de las normas, condiciones y exigencias establecidas en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), es clave.

Las reglas sobre modificación de la RCA establecidas en el artículo 25 quinquies de la Ley 19.300 permiten concluir que es aceptado por el legislador un margen de error en la evaluación ambiental, ya que según dicha disposición,

Artículo 25 quinquies.- La Resolución de Calificación Ambiental podrá ser revisada, excepcionalmente, de oficio o a petición del titular o del directamente afectado, cuando ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas, hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

Con tal finalidad se deberá instruir un procedimiento administrativo, que se inicie con la notificación al titular de la concurrencia de los requisitos y considere la audiencia del interesado, la solicitud de informe a los organismos sectoriales que participaron de la evaluación y la información pública del proceso, de conformidad a lo señalado en la ley N° 19.880.

El acto administrativo que realice la revisión podrá ser reclamado de conformidad a lo señalado en el artículo 20.

Sin embargo, para ello es imprescindible que se hayan identificado los riesgos para que sea posible hacer un seguimiento de las variables ambientales.

El juez, al momento de revisar la decisión de la administración, ciertamente analizará la conformidad con la legalidad. Pero tomando en consideración la flexibilidad normativa con la cual el legislador le atribuye potestades, el control judicial no se limita a contrastar la actividad administrativa con el texto de la ley. El juez requiere de parámetros para evaluar si el ejercicio de una potestad pública se ajusta al Derecho (DE LA FUENTE, 2012). Pero para ello, es imprescindible que se haya determinado la verdad de las hipótesis planteadas durante la evaluación ambiental respecto del pronóstico de los impactos ambientales que podrían ocurrir con la ejecución del proyecto.

Atendido el carácter interdisciplinario de la información que nutre la evaluación de impacto ambiental (DE LA FUENTE, 2012), el desafío del juez es mayor. En efecto, los hechos en la evaluación ambiental no sólo se refieren a una situación futura que es posible que no ocurra, sino que es generada según metodologías científicas cuyo cumplimiento valida los resultados de estudios técnicos. En este sentido, uno de los principales roles de los jueces, especialmente para los Tribunales Ambientales que prontamente entrarán en funcionamiento, es identificar los criterios para admitir o excluir los medios de prueba de carácter científico que caracterizan la evaluación de impacto ambiental y de este modo controlar que la información que fundamenta la decisión presenta las características de validez y fiabilidad de la prueba científica (TARUFFO, 2008). En definitiva, como señala TARUFFO

“la valoración de la prueba científica es una actividad que trasciende el sentido común, requiriendo el juez la capacidad de ‘conocer la ciencia’ para realizar apropiadamente su función judicial. Claro está que sería absurdo pretender que el juez sea omnisciente, pero parece razonable, en la sociedad actual, que el juez disponga de una formación epistemológica básica que le permita realizar una adecuada valoración crítica de la validez y fiabilidad de las pruebas científicas” (2008:295).

5. Conclusiones

La regulación del medio ambiente es, ciertamente, un tema complejo. Desde la entrada en vigencia de la Ley 19.300 se ha ido intensificando el debate público sobre temas ambientales, lo que se ha traducido en el mundo jurídico en un desafío para las instituciones jurídicas, las cuales han debido ser revisadas al punto que es posible sostener sin exageración que se trata de un verdadero cambio de paradigma.

El Derecho Administrativo ofrece herramientas útiles para enfrentar las discusiones ambientales desde un punto de vista jurídico, como ha demostrado CORDERO al explicar la evolución de la Corte Suprema en los casos ambientales (2012). En este sentido, el control de la Administración del Estado responde a una idea esencial que compone una concepción de la relación entre el Estado y los ciudadanos: la actividad administrativa tiene como única fuente de legitimidad la ley.

Es por ello que los jueces contribuyen a dar certeza en las relaciones jurídicas, por cuanto su rol es asegurarse que las reglas que rigen nuestra convivencia son observadas y cumplidas tanto por las autoridades como por los individuos, fortaleciendo de este modo la confianza en las instituciones públicas.

Sin embargo, el rol de los jueces, en temas complejos como el medio ambiente no es sencillo, principalmente por la flexibilidad normativa característica de la regulación de estas materias. Para enfrentar este problema, estimamos fundamental conocer las bases del razonamiento judicial y de este modo identificar los ámbitos en los cuales se produce una tensión a resolver.

Ciertamente, se trata de un tema cuyo análisis resulta difícil de agotar en estas líneas. Sin perjuicio de lo anterior, revisando las ideas principales del debate público que se ha generado en el último tiempo en nuestro país a propósito de la judicialización de proyectos de inversión que han ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, nos parece que buena parte de ella se refiere al control de la prueba de los hechos en el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental.

El desafío, por tanto, se encuentra, por una parte, en identificar los criterios bajo los cuales los jueces considerarán que un medio de prueba debe ser aceptado o excluido como elemento de juicio al momento de dictar una RCA. Y por otra, el

estándar de prueba, esto es, el umbral que permite dar por acreditado los hechos y de este modo aplicar la consecuencia jurídica al caso concreto.

Esta discusión, que por la contingencia del debate en nuestro país, hemos centrado en la evaluación de impacto ambiental, ciertamente es plenamente aplicable a lo que ocurra durante el seguimiento de los proyectos o actividades que han ingresado al SEIA, donde tendrá un rol clave la Superintendencia del Medio Ambiente, especialmente en materia sancionatoria.

En este sentido, es probable que dentro de poco, la admisibilidad de la prueba científica y el estándar de prueba sea parte importante de la discusión entorno a la potestad sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Referencias

- ATIENZA, M. y RUIZ, J. (2004). *Las piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos* (2ª Ed.). Barcelona, España: Ariel.
- BARRAGÁN, J. (2003). Decisiones Judiciales y Desempeño Institucional. En MALEM, J., OROZCO, J. y VASQUEZ, R. (comp.). *La Función Judicial*. Barcelona, España: Gedisa (pp. 181-205).
- BLANQUER, D. (2006). *Hechos, Ficciones, Pruebas y Presunciones en el Derecho Administrativo "Taking Rights Seriously"*. España: Tirant lo Blanch.
- CORDERO, L. (2012). Corte Suprema y Medio Ambiente ¿Por qué la Corte está Revolucionando la Regulación Ambiental? *Anuario de Derecho Público UDP*, 359-375.
- DE CABO, M. (2000). *Sobre el Concepto de Ley*. Madrid, España: Trotta.
- DE LA FUENTE, O. (2012). *Control Judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*. Santiago, Chile: LegalPublishing.
- ESTEVE, J. (2012). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Marcial Pons.
- ESTEVE, J. (2009). *El Desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las Incertidumbres de la Ciencia*. España: Marcial Pons.
- FERRER, J. (2007). *La Valoración Racional de la Prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.
- GOMETZ, G. (2012). *La Certeza Jurídica como Previsibilidad* (D. Moreno & D. Dei Vecchi Trans.). Madrid, España: Marcial Pons. (Trabajo original publicado en 2005).
- HOLDER, J. (2006). *Environmental Assessment. The Regulation of the Decision Making*. EE.UU: OUP.
- GLASSON, THERIVEL y CHADWICK (2005). *Introduction to Environmental Assessment*. Reino Unido: Routledge.
- LAPORTA, F. (2007). *El Imperio de la Ley. Una Visión Actual*. Madrid, España: Trotta.
- MACCORMICK, N. (2011). *Instituciones del Derecho* (F. Atria & S. Tschorne Trans.). Madrid, España: Marcial Pons. (Trabajo original publicado en 2007).
- MORAGA, C. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo: La Actividad Formal de la Administración del Estado*. Chile: LegalPublishing.
- MORESO, J.J. y VILAJOSANA, J.M. (2004). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, España: Marcial Pons.
- PONCE, J. (2001). *Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido*. España: Lex Nova.
- SAAVEDRA, R. (2011). *Discrecionalidad Administrativa*. Chile: LegalPublishing.
- TARUFFO, M. (2008). *La Prueba*. España: Marcial Pons.