

MAT.: Acompaña Informes en Derecho que indica

REF.: Expediente de Sanción N° D-015-2013.

Santiago, 25 de abril de 2014.

Srta.

Andrea Reyes Blanco

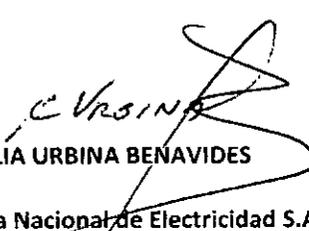
Fiscal Instructora de la Superintendencia del Medio Ambiente

Presente

Cecilia Urbina Benavides, en representación de **Empresa Nacional de Electricidad S.A.** (en adelante e indistintamente ENDESA), del giro de su denominación, ambos domiciliados en calle Santa Rosa 76, piso 7, Comuna de Santiago, Región Metropolitana de Santiago, en procedimiento sancionatorio Rol **D-015-2013**, vengo en acompañar los siguientes informes en derecho referidos a la situación producida por la Orden de No Innovar decretada en la causa Rol: 18.988-23 de la I. Corte de Apelaciones de Concepción con arreglo a la cual se ha suspendido la operación de la Unidad 2 de la Central Termoléctrica Bocamina, y su relación con este procedimiento de sanción:

- Informe en Derecho del abogado y profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, Sr. Raúl Tavolari Oliveros.
- Informe en Derecho del abogado y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Sr. Enrique Navarro Beltran.

POR TANTO, solicito a usted tener por acompañados los informes en derecho antes citados y ponderar las argumentaciones en ellos dadas al momento de emitir su dictamen y proponer al señor Superintendente las sanciones aplicables.


CECILIA URBINA BENAVIDES

p.p Empresa Nacional de Electricidad S.A.

INFORME EN DERECHO

**ANALISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA
SANCIONATORIA Y SU APLICACIÓN A PROYECTO BOCAMINA II,
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL, DE LA CORTE SUPREMA Y DE LA
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**

ENRIQUE NAVARRO BELTRAN

Santiago, abril de 2014

SUMARIO

EL PROBLEMA PLANTEADO

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES

1. Recursos de protección presentados
2. Procedimiento administrativo sancionador
3. Otras acciones cautelares

CAPITULO SEGUNDO: MOTIVACION RACIONAL DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

1. Motivación de las decisiones judiciales
2. Motivación del acto administrativo y racionalidad

CAPITULO TERCERO: MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROHIBICION DE EFECTUAR ACTUACIONES ARBITRARIAS

1. Configuración constitucional de la prohibición de efectuar discriminaciones arbitrarias
2. Evolución de la jurisprudencia en materia de igualdad ante la ley
3. Criterios del TC en materia de diferenciación y su eventual arbitrariedad

CAPITULO CUATRO: PROPORCIONALIDAD Y SANCION

1. Doctrina
2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional
- 3 Sanciones y proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema
4. Proporcionalidad en dictámenes de la CGR

CAPITULO QUINTO: PROPORCIONALIDAD Y SANCION AMBIENTAL

1. Doctrina
2. Jurisprudencia de la Corte Suprema
3. Suspensión de funcionamiento de actividades
4. Parámetros legales
5. Procesos sancionatorios ambientales de la SMA
6. Proporcionalidad en la discusión de la Ley N° 20.417
7. Criterios de razonabilidad

CAPITULO SECTO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL CASO CONCRETO

1. Fundamentación de actos ambientales
2. Reclamo por sanción de la SMA
3. Proporcionalidad de la sanción ambiental
4. Ejecución de modificaciones de proyecto sin RCA
5. Ponderación de las situaciones fácticas
6. Inexistencia de efectos dañosos
7. Falta de proporcionalidad de la medida de suspensión

CAPITULO SEPTIMO: CONCLUSIONES

EL PROBLEMA PLANTEADO

Se nos ha solicitado analizar la razonabilidad y su sujeción al principio de proporcionalidad de una medida sancionatoria de **suspensión de actividades de obras de optimización que forman parte de una central termoeléctrica** (Bocamina II). Esta última tiene una resolución de calificación ambiental (en adelante, "RCA") y las obras de optimización se efectuaron a través de una Declaración de impacto ambiental (en adelante, "DIA") y, luego, como consecuencia de una sentencia de la Corte Suprema, ingresaron vía Estudio de impacto ambiental (en adelante, "EIA"). En la actualidad, existen paralelamente sendos recursos de protección y un procedimiento sancionatorio ambiental.

Para efectos de lo anterior, en primer lugar, se analizarán brevemente los antecedentes de hecho que motivan las acciones judiciales y administrativas, en actual tramitación. Luego, se profundizará, en la necesidad de que tanto las decisiones administrativas como las judiciales tengan suficiente motivación racional, a la vez que se aludirá a las características cautelares que presenta la acción de protección. En el capítulo siguiente, se analizará el mandato constitucional que prohíbe efectuar discriminaciones arbitrarias y la evolución que ha experimentado la jurisprudencia constitucional en materia de razonabilidad de los actos.

Más adelante, se abordará la temática de la proporcionalidad de la sanción administrativa, de acuerdo a lo señalado por la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y de la Contraloría General de la República. Inmediatamente, se efectuará un estudio del principio de proporcionalidad, específicamente en relación a la sanción ambiental, para lo cual se citará la jurisprudencia constitucional y doctrina, los parámetros legales y sus antecedentes y la revisión de los procesos sancionatorios ambientales llevados a cabo por la Superintendencia del Medio Ambiente.

Por último, en el capítulo sexto se aplicarán los principios de razonabilidad y proporcionalidad al caso concreto que motiva el presente informe, resaltando la fundamentación de la decisión, las vías judiciales, la práctica administrativa y judicial, la ponderación fáctica y los demás elementos que configuran los aludidos principios. Finalmente, se incluirán las conclusiones de rigor.

CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES

En esta parte se efectuará una muy breve síntesis de las presentaciones, tanto judiciales como administrativas, que se han efectuado en relación al Proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina II Unidad".

1. Recursos de protección presentados

1.1. En un primer recurso de protección¹, diversos sindicatos de trabajadores pescadores artesanales señalan que, como consecuencia de la formulación de cargos efectuada por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, indistintamente "SMA"), han tomado conocimiento que el proyecto denominado "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina 2 Unidad" operaría actualmente, en los hechos y supuestamente, sin contar con la autorización ambiental respectiva y contraviniendo lo sentenciado por la Corte Suprema. Dicha actuación se estima ilegal, puesto que infringirían normas legales, al operar un proyecto sin tener la resolución de calificación ambiental, a la vez que se la califica de arbitraria. Los recurrentes estiman infringidas las garantías constitucionales relativas a la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En este expediente se decretó una orden de innovar, luego de haberse desechado primeramente, y como consecuencia de un recurso de reposición presentado.²

En el informe se solicita el rechazo, para lo cual, desde ya, se hace presente ciertos aspectos de carácter formal que no harían procedente la acción.³

¹ ICA de CONCEPCION, Rol N° 18988/2013. Se acumuló Rol N° 19307/2013.

² La orden de no innovar solicitó la suspensión de la operación de las obras del proyecto "Optimización de la Central Termoeléctrica Bocamina 2 Unidad", en especial, lo referente a: 1. Turbogenerador de 370 MW instalado en la Central Termoeléctrica Bocamina II; 2. Chimenea de la Central Bocamina II y 3. Sistema de refrigeración de la Planta, en especial a lo que se refiere a la aducción de agua desde el mar. La resolución de la ICA de Concepción es de 16 de diciembre de 2013.

³ Especialmente, la ausencia de legitimación activa (dada la naturaleza y finalidad que tienen los sindicatos) y la utilización de la acción como un sustituto jurisdiccional (en atención a la

De igual manera, se agrega, como razonamientos: a) la Unidad 2 de la Central Termoeléctrica Bocamina cuenta con una RCA⁴; b) Se han incorporado ajustes de diseño a la Unidad 2, aprobada ambientalmente, denominado "Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", correspondiente a ajustes de diseño, que no modifican las características esenciales del proyecto ni sus efectos, sin generar un riesgo para la salud de la población ni al medio ambiente, respecto de los cuales se ha actuado de buena fe y se han ido cumpliendo las exigencias de las autoridades administrativas y jurisdiccionales (en especial, la evaluación a través de EIA, el que privativamente había ingresado como DIA); c) la operación de la Unidad 2 ha sido acorde a las exigencias de su RCA, tanto en lo referente a la capacidad de generación (no excediendo 350 MW), emisiones atmosféricas, sistema de refrigeración de la planta y descarga de aguas de refrigeración; d) no existen riesgos para la vida y salud de la población ni el medio ambiente producto de los ajustes de diseño;⁵ y e) no afectación de los derechos fundamentales invocados (ni la igualdad ante la ley o en el ejercicio de los derechos como tampoco el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación).

La recurrida solicita el alzamiento de la orden de no innovar, habida consideración que no se han excedido los límites autorizados en la RCA, acompañándose nuevos antecedentes, a lo que se agrega el inconveniente del retiro del sistema interconectado de una central de

existencia de un proceso sancionatorio por los mismos hechos), de modo que la fiscalización se está llevando a través de la autoridad administrativa ambiental.

⁴ Resolución Exenta N° 206, de 2 de agosto de 2007, la que fue aclarada por Resolución Exenta N° 229, de 21 de agosto de 2007 y por la Resolución Exenta N° 285, de 8 de octubre de 2007, y modificada por la Resolución Exenta N° 66, de 12 de marzo de 2009, todas de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de BioBío.

⁵ Se alude a las obras relacionadas con la optimización de la Segunda Unidad, que corresponden a modificaciones necesarias desde el punto de vista del diseño de ingeniería (generador de vapor, sistema de refrigeración, turbogenerador de 370 MW (no excediendo lo autorizado); manejo de insumos y residuos ; otras adecuaciones de seguridad y respaldo (aumento de la capacidad de la planta de agua, compresores y medidas de implementación de ruido); y ajustes en la disposición general de las instalaciones (calidad de aire ajustada a autorizaciones).

350 MW, correspondiente al 7% del consumo y, en subsidio, se solicita la sustitución de la orden de no innovar.⁶

En el expediente constan informes de: a) la SMA (en el que se alude al proceso sancionatorio, haciendo presente que la protección no es la vía idónea para resolver asuntos de competencia de los órganos medioambientales); b) del SEA (en el que se resumen los procesos y permisos de la modificación) y c) de la Fiscalía de Talcahuano.

1.2. En un segundo recurso de protección,⁷ cuatro pescadores y recolectores, hacen presente que la recurrida es propietaria y sería responsable de emisiones de contaminantes atmosféricos en sus centrales Uno y Dos, afectando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y se invocan como antecedentes los procesos sancionatorios iniciados. En tal sentido, se solicita paralizar las operaciones de la Central térmica Bocamina Uno, por la falta de un sistema de desulfurizador, el incumplimiento de la RCA 206/2007 y de las exigencias ambientales y la afectación al medio ambiente, lo que se desecha.⁸

En el informe de la recurrida, se efectúa una revisión general de los antecedentes de los proyectos Bocamina Uno y Dos. Luego, se solicita la improcedencia de la acción por razones formales.⁹ En cuanto al fondo, se hace presente que: a) el respeto al debido proceso exige que se cumpla con los procedimientos administrativos sancionatorios; b)

⁶ Se señala que, al otorgarse la ONI, se accede provisionalmente al recurso durante todo el plazo que dure la tramitación de la acción, lo que resulta improcedente; y, además, existen antecedentes suficientes para sustituir la medida que se decreta por una menos gravosa y que sirva al mismo objetivo, proponiendo al efecto: a) limitación de potencia media horaria a 350 MW; b) caudal medio horario de agua de refrigeración en la succión de 45.000 m³/h; c) límites de emisión establecidos en la RCA 206/2007; d) instalación de una nueva estación de monitoreo; e) monitoreo permanente de la temperatura de agua en descarga; f) limitar a 26°C temperatura de agua en descarga; y g) cualquiera otra que la ICA estime pertinente sin afectar el normal funcionamiento de la Unidad 2.

⁷ ICA de CONCEPCION, Rol 164/2014

⁸ Resolución de 22 de enero de 2014

⁹ Principalmente, se alude a la extemporaneidad de la acción. Además, se hace referencia que los hechos ya se encuentran sometidos al imperio del derecho y el recurso de protección no puede transformarse en un sustituto jurisdiccional.

no se infringen derechos fundamentales (no se ha verificado afectación al derecho a la vida, como tampoco el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación); y c) se efectúan ciertas precisiones respecto de los hechos.

2. **Procedimiento administrativo sancionador**

En relación a este procedimiento, las principales actividades procesales son las siguientes:

2.1. **Fiscalización.** Actividades de fiscalización de las autoridades marítimas y de la SMA. Informe de fiscalización ambiental.

2.2. Denuncia del Senador Alejandro Navarro sobre eventos de muerte masiva de especies hidrobiológicas en Bahía de Coronel.

2.3. **Inicio de la instrucción del procedimiento.**¹⁰ Se invocan como hechos en relación a la RCA 206/2007: a) omisión de contar con una obra de descarga de residuos industriales líquidos del sistema de refrigeración del condensador, que penetre en el mar 30 metros desde el borde de la playa; b) Unidad I habría superado límite de emisiones atmosféricas; c) sistema de desulfurización de la Unidad I no se encontraría operativo; d) cierre perimetral presentaría fallas; e) emisión de ruidos molestos; y f) falencias tecnológicas en las bocatomas. Como cargos se indican el supuesto incumplimiento de las normas, condiciones y medidas establecidas, principalmente, en los considerandos 3.3., 4.2.1, 4.2.2, 6.1 y 7.9 de la RCA 206/2007, que calificó favorablemente el proyecto "Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad". Además, se alude a un incumplimiento de un requerimiento de información.

2.4. **Presentación de descargos.**¹¹ La empresa hace referencia a ilegalidades del acto por falta de competencia (se exige una obligación que no formaba parte de la RCA y de existir impactos no previstos procedería revisar la RCA por parte del órgano que calificó favorablemente el proyecto), infracción al principio de responsabilidad (existe un caso fortuito o fuerza mayor) y la exigencia de obligaciones que no existen. A su vez, se efectúan los descargos, controvirtiendo los

¹⁰ Oficio Ord. 603, de 29 de agosto de 2013.

¹¹ Carta de 30 de septiembre de 2013.

hechos: a) obra de descarga de residuos (se rectificó y no existen efectos ambientales perjudiciales, además de un adecuado seguimiento); b) superación de límites de emisiones atmosféricas (se desvirtúa); c) sistema de desulfurización de la Unidad I no operativo (se alude a resoluciones complementarias y razones de tardanza); d) cierre acústico perimetral defectuoso (se indican acciones); e) emisión de ruidos molestos (se enumeran actos); f) falencias tecnológicas en bocatomas (caso fortuito y planes) y g) no remisión de información (se responde). Se solicita recalificación y se alude a circunstancias atenuantes.

2.5. Presentación de programa de cumplimiento.¹² Se señalan como objetivos específicos: a) contar con una autorización ambiental para la obra de descarga construida; b) disponer de una autorización ambiental para la emisión de CO en Unidad I; c) establecimiento de un sistema de desulfurización operativa para la Unidad I; d) mejorar la materialidad del cierre perimetral de Bocamina; e) dar cumplimiento a la norma de emisión de ruidos molestos; f) implementar barreras tecnológicas para minimizar el ingreso masivo de biomasa a través del sifón de captación de agua de mar para refrigeración de la Unidad II de Bocamina; y g) entregar a la SMA información faltante relativa a CEMS.

2.6. Rechazo de programa de cumplimiento.¹³ En relación a dos proposiciones, se indica que tales acciones tienen como objetivo, en primer lugar, persistir en el incumplimiento infringido y, en segundo término, obtener una modificación de éste en un sentido determinado, a fin de lograr, a futuro, el cumplimiento de un nuevo instrumento que se genere en el marco de una nueva evaluación ambiental. No se cumpliría así el propósito (según lo señalan los artículos 42 de la LOSMA; 2, letra g) y 7 del DS 30) de lograr el restablecimiento de lo dispuesto en el instrumento de gestión infringido. Además, carecería de eficacia (como lo ordena el artículo 9 del DS 30), por cuanto no sería idóneo para conseguir el resultado que todo programa de cumplimiento persigue, consistente en el cumplimiento del instrumento infringido.

¹² Carta de 30 de septiembre de 2013.

¹³ Oficio 739, de 3 de octubre de 2013.

2.7. Reformulación de cargos.¹⁴Se hace referencia a incumplimientos a la RCA 206/2007, requerimientos de información y a la ejecución de modificaciones de consideración efectuadas al proyecto "Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", sin contar con una RCA.¹⁵Se formulan los cargos, señalando que algunas situaciones importan infracciones leves, graves y gravísima, en este último caso por corresponder a la ejecución supuesta de un proyecto fuera del sistema de evaluación ambiental, de conformidad a lo resuelto por la Corte Suprema.

2.8. Aceptación parcial de cargos.¹⁶Las principales alegaciones de la empresa: a) en relación al incumplimiento de las normas de la RCA 206/2007, se efectúa una objeción de legalidad y, en subsidio, se aceptan parcialmente los cargos (georreferencia de la solución de descarga no fue precisa, pero no se han generado impactos medioambientales, además una recalificación y concurrencia de atenuantes); b) respecto a superación de límites, se invoca la falta de exigibilidad de la condición, a lo que se agrega que carece de trascendencia; c) sistema de desulfurización no operativa, reconociendo la infracción, se solicita recalificar la gravedad, atendiendo además a atenuantes; d) fallas en cierre acústico perimetral, se reconoce y se solicita la mínima sanción en razón de atenuantes y conducta posterior; e) ruidos molestos, reconoce y alude a acciones de cumplimiento; f) succión masiva de recursos hidrobiológicos a través del sifón de captación de aguas de refrigeración, se solicita ser absuelto por no tener responsabilidad y haber adoptado todas las medidas y, en subsidio, recalificarla y aplicar la mínima sanción. A su vez, en relación a los incumplimientos de información, se reconoce y solicita recalificación y concurrencia de atenuantes. Por último, respecto de la operación del

¹⁴ Oficio 976, de 26 de noviembre de 2013.

¹⁵ En relación a este último punto agregado se fundamenta que: a) La Ley 19.300 (art. 8) dispone que los proyectos a que alude el art. 10 sólo podrán ejecutarse previa evaluación de su impacto ambiental; b) letras c), ñ) y o) del art. 10 de Ley 19.300; c) letra ñ.1 del DS 95/2001; d) letra o.7 del Reglamento del SEIA; e) art. 2, letra d) del Reglamento de SEIA; f) se habría dado inicio a la operación del proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", el cual contempla obra que constituyen cambios de consideración a lo evaluado previamente en la RCA 206/2007; y g) la sentencia de la CS, Rol 3141/2012, que alude a necesidad de EIA.

¹⁶ Carta de 23 de diciembre de 2013.

proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", que modifica la "Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", sin contar con RCA, si bien se acepta el hecho, se indica que se ha ajustado a las exigencias de la RCA 206/2007 y que los ajustes de optimización de diseño incorporadas -en donde se intentó obtener autorización- tenían por objeto mejorar el funcionamiento ambiental y de seguridad de suministro y de instalaciones de la Central y, en todo caso, no se ha generado impactos ambientales distintos de los evaluados ni riesgo para la vida, salud y medio ambiente, solicitando su recalificación y la concurrencia de atenuantes y conducta posterior favorable.

2.9. Medida provisional.¹⁷ Se adoptó la clausura total y temporal del Proyecto "Central Termoeléctrica Bocamina Primera Unidad", por 15 días y ciertas medidas provisionales (reparar medidas propuestas por SEM por Res. 241/2013, muestreo diario de biomasa y evaluar eficiencia de medidas).

2.10. Solicita alzamiento.¹⁸ Se fundamenta en que se han superado todas las deficiencias que se tuvieron a la vista para decretar la clausura, no existiendo además una amenaza actual de daño ambiental, habiendo la empresa implementado las medidas y procedimientos que permitan monitorear, registrar y reportar en forma periódica y detallada el ingreso y comportamiento de la biomasa.

2.11. Modificación de medidas provisionales.¹⁹ La SMA dejó sin efecto la medida de clausura. Sin perjuicio de ello, adoptó las siguientes medidas provisionales: a) realizar inspección diaria, donde se verifique estado de la malla y el sistema de burbujas, debiendo dejar registro de dicha acción; b) realizar mantención manual con periodicidad semanal del sistema de malla y burbujas de manera de asegurar su correcto funcionamiento; c) realizar muestreo diario de biomasa retenida en los sistemas de filtro de Central Termoeléctrica Bocamina Primera Unidad y Segunda Unidad, debiendo reportar semestralmente los resultados; d) en caso de un nuevo incidente de succión masiva de biomasa, el titular

¹⁷ Oficio N° 39, 28 de enero de 2014.

¹⁸ Carta de 4 de febrero de 2014.

¹⁹ Resolución Exenta N° 59, de 6 de febrero de 2014.

deberá paralizar el funcionamiento hasta que se subsane la situación, reportando a la SMA; e) remitir informes técnicos consolidados de dichas actividades; y f) evaluar dentro de 6 meses a eficiencia de medidas aprobadas por Resolución Exenta N° 241/2013.

3. Otras acciones cautelares

Finalmente, es del caso tener a la vista dos decisiones de recursos de protección referidos a la materia.

3.1. Se presentó una acción en relación al proyecto que modifica la generadora "**Optimización Central Termoeléctrica (Segunda Unidad)**", la que originalmente fue sólo sometida a DIA, de acuerdo a la autoridad ambiental. La Corte Suprema señala que la modificación sometida al procedimiento de evaluación contempla un conjunto de obras y actividades que tienen efecto en la disposición general de los equipos de la Segunda Unidad, todos los cuales inciden de manera importante y determinada en la segunda termoeléctrica y además, las modificaciones apuntan a mejorar su funcionamiento, razón por la cual se estima la **necesidad de un EIA**, pues sólo de ese modo es posible establecer si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán el mejoramiento ambiental y no un peligro o daño para el entorno.²⁰

3.2. Como consecuencia de una segunda acción, la Corte Suprema acoge la acción, en el sentido que la compañía deberá realizar las operaciones de la planta de generación termoeléctrica Bocamina I y II sólo **si su funcionamiento no importa en la succión de las aguas amenazas ni daño a especies y recursos hidrobiológicos y cumple, estrictamente, con la correspondiente RCA**, debiendo en consecuencia la autoridad ambiental **fiscalizar** ese funcionamiento de manera periódica para sí evitar el ingreso de biota en la bocatoma de agua de mar y, en caso contrario, **adoptar todas las medidas que las circunstancias determinen**, entre ellas, la paralización del funcionamiento de la central hasta que se subsane su incorrecta operación.²¹

²⁰ C.S., Rol 3141/2012, 15 de junio de 2012.

²¹ C.S., Rol 9852/2013, 9 de enero de 2014.

CAPITULO SEGUNDO
**MOTIVACION RACIONAL DE LAS DECISIONES
ADMINISTRATIVAS Y DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES**

Tal como se analizará, toda actuación, sea ésta administrativa (como en el caso de SMA) o judicial (respecto de todo órgano que ejerza jurisdicción), debe fundamentarse adecuadamente, señalando las razones que justifican la decisión, lo que por demás es parte de un justo y racional proceso, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional.²²

1. **Motivación de las decisiones judiciales**

1.1. **Jurisprudencia constitucional**

Se ha sentenciado que la motivación de la sentencia es "*connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio*". Constituye, "*a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado*".²³

Todo acto emanado de un órgano del Estado, debe ser fundado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Carta Fundamental. Se trata, por lo demás, como recordara sabiamente don Andrés Bello, de una "*práctica tan conforme al principio de responsabilidad general, que es el alma del gobierno republicano, o mejor decir, de todo gobierno*".²⁴

1.2. **Derecho comparado**

Por lo mismo, existen Constituciones Políticas que consagran expresamente la fundamentación de las sentencias. Así, la Carta Fundamental italiana indica que "*todas las decisiones judiciales deberán ser motivadas*" (artículo 111). Del mismo modo, la Constitución española

²² ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *El debido proceso a la luz de la jurisprudencia del TC*, en Libro Litigación Constitucional, Ed. AbeledoPerrot, 2011.

²³ TC, Rol 1373/2009, 22 de junio de 2010, consid. 15

²⁴ Necesidad de fundar las sentencias, artículo publicado en El Araucano, 1834; en ANDRES BELLO, *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, Edeval, 1979, selección de A. Squella, p. 112

establece que *"las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública"* (artículo 120.3).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional español ha dictaminado que la motivación de las sentencias como exigencia constitucional ofrece una doble función: *"por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que proceden"*; de modo que actúa en suma *"para favorecer un más completo derecho a la defensa y como un elemento preventivo de la arbitrariedad"*.²⁵

1.3. Doctrina

Como recuerda el jurista Couture, la obligación de motivar la sentencia se le impone por tanto al juez *"como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poder comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria"*.²⁶

Como ha dicho la doctrina francesa motivar una decisión *"es expresar sus razones (...) es alejar todo arbitrio"*; de modo que *"los motivos le ayudan a decidir si debe o no apelar o, en su caso, ir a la casación"*.²⁷

Alejandro Nieto, por su parte, ha puntualizado que la motivación de las sentencias tiene por finalidad: a) justificar la racionalidad de la decisión; b) proporcionar al tribunal superior criterios útiles para el juicio de revisión; c) legitimar la decisión judicial en términos tales que la decisión sea la más correcta; d) posibilitar un control generalizado y difuso de las decisiones judiciales; y e) servir de instrumento para precisar el contenido enunciativo del fallo.²⁸

²⁵ STC 54/1997, 17 de marzo de 1997

²⁶ EDUARDO COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, p. 286

²⁷ T. SAWEL, *Historia del juicio motivado*, Revista de Derecho Público, 1955, p. 5

²⁸ ALEJANDRO NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, p. 163 y ss.

1.4. La acción cautelar de protección y sus limitaciones

Como lo ha resaltado el Tribunal Constitucional (en adelante, indistintamente, el "TC"), al revisar el auto acordado que regula su tramitación, *"este recurso ha sido concebido por el constituyente como una acción cautelar de los derechos que la Carta Fundamental reconoce y asegura. Pretende ser una **acción rápida y eficaz que restablezca el imperio del derecho** y garantice la debida protección del afectado"*.²⁹

En palabras de la Corte Suprema (en adelante, la "CS"), *"el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio"*.³⁰ De esta forma, se trata de *"una **acción cautelar** de ciertos derechos fundamentales frente a menoscabos que se pueden experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de autoridades o particulares. Se estableció como mecanismo urgente para amparar un **derecho indubitado**, esto es, que no sea disputado para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado"*.³¹

Como se ha fallado, en general, *"la acción de amparo constitucional procede al existir un acto u omisión arbitrario o ilegal, esto es, carente de fundamento racional o contrario a la ley. Otro requisito exigido para su procedencia estriba en una conculcación de determinados derechos fundamentales que se busca proteger por esta vía, suficiente para provocar la actividad jurisdiccional, que se traducirá en la adopción de medidas destinadas a restablecer el imperio de esos derechos amagados o perturbados en su legítimo ejercicio y a dispensar protección a la persona agraviada. De este modo, si dicha afectación o*

²⁹ TC, Rol N° 1557/2009, 25 de Noviembre de 2009, c. 30. Vid. ENRIQUE NAVARRO B. y CARLOS CARMONA S., *Recopilación de jurisprudencia 1981-2011*, Cuadernos del TC N° 45, 2011

³⁰ C.S., Rol N° 4755/2012, 26 de Octubre de 2012, c.1°.

³¹ ICA de Santiago, Rol N° 5776/2012, 26 de Junio de 2012, c. 2°.

*conculcación de derechos no existe, en una relación causa-efecto con los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que se denuncian, o bien la Corte no se encuentra en situación de adoptar medida alguna para los efectos antes indicados, el recurso carecerá de su objetivo”.*³²

Desde los inicios de su vigencia, la Corte Suprema ha enfatizado que el recurso de protección “no tiene otro objetivo que el de **mantener**, como ya se ha notado, el **statu quo vigente** en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo precisamente las acciones de facto que alteren el orden jurídico”.³³ De esta manera, “atendida la naturaleza de este recurso, lo que se persigue es la **mantención regular del orden jurídico**, es decir, el tribunal debe realizar las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho, como lo ha señalado la jurisprudencia respectiva de las Cortes del país, reparar de inmediato la juridicidad quebrantada”³⁴.

En el caso específico del artículo 19 N° 8³⁵, la acción de protección sólo es procedente, tratándose de una **acción u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada**. De este modo, a partir de la reforma constitucional de 2005³⁶, si bien se puede dirigir

³² C.S., Rol 1827/2010, 24 de mayo de 2010.

³³ C.S., 7 julio 1980. RDJ 77, sec. 1ª, p. 53. Vid. EDUARDO SOTO KLOSS, *Recurso de protección*, 1982. Más recientemente, GASTON GOMEZ B., *Derechos fundamentales y recurso de protección*, 2005.

³⁴ Pueden citarse, entre otras, diversas sentencias de la CS: 7 julio 1980, RDJ 77, sec. 1ª, p. 53; 21 julio 1983, RDJ 80, sec. 5ª, p. 153; 19 marzo 1984, RDJ 81, sec. 5ª, p. 103; 17 mayo 1984, RDJ 81, sec. 5ª, p. 178; 19 julio 1984, F.M. N° 308, p. 328; 16 abril 1985, RDJ 82, sec. 5ª, p. 72; 31 julio 1985, RDJ 82, sec. 5ª, p. 201; y 30 septiembre 1985, RDJ 82, sec. 5ª, p. 301.

³⁵ ENRIQUE NAVARRO B., *El Recurso de Protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*, Revista Chilena de Derecho 20, 1993, Tomo II, p. 595 y ss. Con posterioridad, RAUL BERTELSEN R., *El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, examen de 15 años de jurisprudencia*, Revista Chilena de Derecho 25 N° 1, 1998, p. 139 y ss.

³⁶ ENRIQUE NAVARRO B., *Reformas constitucionales 2005*, Revista de Derecho Público 69, 2007, p. 17 y ss. Fue el Senador Viera-Gallo, quien presentó una indicación para eliminar la expresión “arbitrario”, de modo de mantener vigente, para la procedencia del recurso, sólo la exigencia de que se trata de un acto “ilegal” (EMILIO PFEFFER U., *Reformas constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 106).

respecto de un acto u omisión, **se ha limitado su ámbito de aplicación exclusivamente a la ilegalidad**, "entendida así como todo acto contrario a la ley". Por esta razón, la revisión acerca de la procedencia de esta particular acción de amparo "debe circunscribirse a la determinación de la existencia de un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, que vulnere el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación".³⁷ Como ha señalado recientemente la Corte Suprema "en esas condiciones el acto materia de los diversos recursos acumulados en autos sólo puede ser impugnado por ilegalidad y, en consecuencia, una acción de cautela de derechos fundamentales como las intentadas en la especie no puede sostenerse en la arbitrariedad del acto en cuya contra se dirige, desde que ha sido el propio constituyente quien ha rechazado este argumento como fundamento del recurso en lo que dice relación con esta específica causal."³⁸

Finalmente, cabe señalar que se ha sentenciado que "**esta acción constituye una medida de tutela urgente consagrada para dar remedio pronto y eficaz a los atropellos que sufra el ciudadano en sus derechos constitucionales producto de una acción u omisión que a todas luces sea ilegal y arbitraria, cuestión que justifica una intervención jurisdiccional rápida que ampare suficientemente el derecho amagado, mientras se acude a la sede ordinaria o especial correspondiente, otorgando una tutela efectiva a los recurrentes**". Igualmente, se enfatiza que "tanto los recurrentes como cualquier otro particular puedan incoar (...) las acciones que estimen pertinentes ante la autoridad o el **Tribunal Ambiental correspondiente**, tanto para obtener la revocación de la RCA del proyecto Pascua Lama o para constatar si se mantienen o no las variantes ambientales vigentes al momento de aprobar el proyecto. En tal sentido se debe recalcar que este análisis escapa al estudio que debe realizar esta Corte, no por su complejidad, sino porque no fue solicitado en la oportunidad procesal correspondiente y porque además, como se señaló anteriormente, la competencia entregada a través del presente arbitrio se agota al cautelar la no afectación de garantías constitucionales, cuestión que en la especie se ha cumplido".³⁹

³⁷ C.S, Rol N° 6397/2008, de 8 de Enero de 2009.

³⁸ C.S., Rol N° 6563-2013, 17 de enero de 2014.

³⁹ C.S., Rol 5339/2013, 25 de septiembre de 2013.

2. **Motivación del acto administrativo y racionalidad**

2.1. **Motivo y fundamento de los actos**

Ahora bien, todo acto administrativo tiene un motivo o fundamento, al tenor del cual puede deducirse la intención o voluntad de la autoridad que dicta el mismo.

Como señala la doctrina nacional, "**el fundamento del acto es la mención de las circunstancias, de los hechos o de las consideraciones que justifican el contenido del acto**"⁴⁰. En concordancia con lo anterior, se ha sostenido que los motivos corresponden a las "**circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo**".⁴¹ En palabras de Soto Kloss es "**la exposición formal y explícita de la justificación de la decisión**".⁴²

En el derecho comparado, el uruguayo Enrique Sayagués L., afirma que los elementos esenciales de todo acto administrativo son "**órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad, forma y procedimiento**".⁴³ Por su parte, para el administrativista Agustín Gordillo el motivo está inserto en la voluntad del acto.⁴⁴

Cabe hacer presente que la doctrina moderna destaca la importancia de la materia, haciendo presente que la motivación permite, en definitiva, conocer la causa y el fin del acto administrativo y también el derecho con que se pretende legitimar la decisión administrativa y el procedimiento para su adopción.⁴⁵

⁴⁰ MONICA MADARIAGA G., *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*, 1993, p. 49. En el mismo sentido, ENRIQUE SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*, p. 112.

⁴¹ IVAN AROSTICA M., *La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno*, Revista de Derecho UCV X, 1986, p. 505.

⁴² EDUARDO SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales*, 2009, p. 352

⁴³ ENRIQUE SAYAGUÉS L., *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1963, p. 432.

⁴⁴ AGUSTIN GORDILLO, *Acto administrativo*, B. Aires, 1969, p. 241.

⁴⁵ FERNANDO GARRIDO F y JOSE M. FERNANDEZ P., *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas*, 1995, p. 167.

Por lo mismo, García de Enterría puntualiza que "el control de los motivos del acto administrativo se erige así en uno de los puntos centrales del control de la legalidad de la administración".⁴⁶

Así, el catedrático español Tomás-Ramón Fernández en su clásico ensayo "Arbitrariedad y Discrecionalidad" ha señalado que deben estudiarse dos aspectos fundamentales para determinar si un acto es o no abusivo y ellos son su motivación y la necesidad de una justificación objetiva. Respecto de lo primero se sostiene que "si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola decisión de quien la adopta (...) **Lo no motivado es ya por este sólo hecho arbitrario**".⁴⁷ El segundo aspecto, lo constituye la necesidad de una fundamentación adecuada de la decisión concretamente adoptada, en otras palabras que la decisión venga apoyada en una realidad fáctica que la justifique. De este modo, lo discrecional es completamente diferente a lo arbitrario, pues esto último no es si no aquello que "no aparece (por inexistencia de motivación o por motivación insuficiente) o no está debidamente fundado (en el material Incorporado al expediente a lo largo de la instrucción del expediente)".⁴⁸

2.2. Jurisprudencia de los tribunales superiores

Nuestros tribunales superiores se han encargado de señalar que las facultades deben ser ejercidas "con **estricta sujeción a antecedentes de hecho fidedignos y considerando además el perjuicio** que ello pueda irrogar a otras personas involucradas".⁴⁹

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha consignado que: "La decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los **datos objetivos** sobre los cuales opera (...) En los actos discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el **proceso lógico que conduce a la decisión**. La Administración está obligada a aportar al expediente todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en

⁴⁶ EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS-RAMON FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 2008, p 537.

⁴⁷ TOMAS RAMON FERNANDEZ, *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, p. 106.

⁴⁸ Ob. cit., p. 111.

⁴⁹ RDJ 86, 1989, p. 241.

una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia y fines que la justifican".⁵⁰ Más recientemente, puntualiza, que "como ha venido sosteniendo esta Corte en fallos anteriores sobre materias semejantes a la propuesta en estos autos, **un acto administrativo carece de base legal cuando ha sido motivado por hechos cuya ocurrencia no ha sido demostrada, de suerte que éste queda despojado de su causa**".⁵¹

Más recientemente, se ha insistido que "constituye uno de los elementos del acto administrativo la motivación del mismo, pues a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico, expresamente en el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880, exige a la Administración que las decisiones que afecten los derechos de los particulares contengan la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustentan. A su turno, el artículo 41 inciso cuarto del mismo cuerpo legal establece que las resoluciones que contengan una decisión deben ser fundadas". Agregando luego que "la necesidad de fundamentar adecuadamente las decisiones de carácter ambiental ha sido además recogida por el "Instructivo para la adecuada fundamentación de los Informes Sectoriales, de los Acuerdos y de las Resoluciones de Calificación Ambiental adoptados en el contexto del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", de la Comisión Nacional del Medio Ambiente,"⁵² (...) Este instructivo se dicta en cumplimiento de

⁵⁰ RDJ 88, 1991, p. 123.

⁵¹ C.S., Rol 4275/2010, 7.7.2010

⁵² Dicho Instructivo establece en su numeral II: "(...)1.- Detonado el procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental, corresponde que los órganos correspondientes emitan su parecer sobre el EIA o la DIA presentada. El contenido de dicha opinión que ha de verterse en el Informe pertinente varía según haya sido la modalidad de ingreso, conforme se expone a continuación: (...)b) Si es una DIA, deben indicar fundadamente si el proyecto cumple con la normativa de carácter ambiental; si, razonadamente, cumple con él o los permisos ambientales sectoriales asociados y dentro de su competencia; si el proyecto o actividad requiere o no de la presentación de un EIA; y si son o no necesarias aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones." Y en su numeral III: "El que la decisión sea fundada implica que deben establecerse todas las consideraciones técnicas y jurídicas que fundamentan la calificación ambiental del proyecto. Dentro de las motivaciones del acto decisorio pueden considerarse las opiniones y pronunciamientos técnicos que emitan los órganos de la administración del Estado que participan en el SEIA".

la normativa general y especial que rige a los actos administrativos, explicita la obligatoriedad de la fundamentación, en especial en la etapa de acuerdo y decisión en el seno de las Comisiones Regionales, pues justamente esta motivación es la que da legitimidad al proceso de calificación ambiental". En el caso concreto, "los miembros de la Comisión no fundamentan su voto, por cuanto tal exigencia implica necesariamente que ellos señalen las razones por las que, a su juicio, no se hace necesario un Estudio de Impacto Ambiental, justificando desde el punto de vista ambiental -al estar en conocimiento de todos los antecedentes e informes que son parte del proceso- por qué el proyecto no produce los efectos señalados en el artículo 11 de la Ley N° 19.300. Concluyendo que "el haber adoptado la comisión recurrida un acuerdo respaldado en votos que no fueron debidamente fundados y razonados deviene en que la decisión tomada igualmente carezca de la debida motivación, vicio que es trasmitido a la Resolución Exenta N° 25 de 23 de enero de 2012, la que califica favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto "Central Los Pirquenes", pues ésta no es más que la materialización de la decisión ya tomada, sin perjuicio de que es dable observar que en ella tampoco se hace alusión al informe adicional evacuado por el Servicio de Evaluación Ambiental, ni siquiera se le nombra entre los antecedentes evaluados, ni se explicitan las razones por las que ello ha ocurrido. Lo así resuelto resulta arbitrario, pues aparece como una actuación desprovista de sustento, más producto de la pura voluntad de su autor que de fundamentos que la expliquen y legitimen".⁵³

En otro caso, en materia laboral, se establece que "al tiempo que el legislador ha impuesto las mencionadas exigencias para el afectado por una resolución que le impone multa, se expresan también obligaciones a la autoridad administrativa que ejerce la facultad de que se trata, entre ellas, la de fundar su decisión. Dicha exigencia aparece claramente del texto de la disposición, en tanto señala "... hará uso de esta facultad mediante resolución fundada...", expresiones que, sin duda, se refieren a las motivaciones de la decisión -sea ésta afirmativa o negativa-. Precisa que "la expresión "fundar" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa "apoyar en razones". En otras palabras, lo que se impone a la autoridad administrativa es que debe explicar las razones que originan su determinación en el caso de

⁵³ C.S., Rol 7071/2012, 26 de noviembre de 2012.

que se trata". Añade que "lo razonado precedentemente se encuentra corroborado por los principios que orientan los procedimientos administrativos regulados en la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos de esa naturaleza y que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, la que establece en su artículo 16 los principios de transparencia y de publicidad, a propósito de los cuales señala: "El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él ...", es decir, se resalta la necesidad de fundar las decisiones, lo que, sin duda, resulta plenamente coherente con la garantía constitucional del debido proceso". Concluyendo que "la exigencia de la fundamentación, no aparece cumplida en la Resolución N° 237 de fecha 29 de octubre del año 2008, en la medida que ésta no contiene las motivaciones específicas exigidas para determinar que, en el caso en estudio, no se daban los presupuestos legales para dejar sin efecto o rebajar la multa impuesta. En efecto, esta resolución aparece escrita, según se lee a fojas 1 y 28, en un formulario tipo, en que sólo aparece detallada la resolución que aplicó la multa y su monto; y mediante la letra "X", se informa que se ha decidido mantener la multa impuesta, sin haberse hecho cargo -la autoridad requerida- de las argumentaciones expresadas por el reclamante y que sostienen su reconsideración".⁵⁴

2.3. Dictámenes de la CGR

Por último, ha sido el propio órgano contralor (en adelante, indistintamente, la "CGR"), quien se ha encargado de dictaminar que: "El ejercicio de las facultades administrativas que compete a los Jefes Superiores de los organismos públicos se materializa a través de la dictación de actos administrativos o resoluciones que se encuentran sujeto a un procedimiento preestablecido que permite que el acto se baste a sí mismo y cuyo cumplimiento es esencial para la validez de dicho instrumento, tales como indicación en su texto de las normas legales y reglamentarias que le sirven de **fundamento**, las consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada".⁵⁵

⁵⁴ C.S., Rol 3096/2012, 28 de diciembre de 2012.

⁵⁵ CGR, Dictamen N° 33.006/1984.

Del mismo modo, ha precisado que un acto no se encuentra debidamente motivado si **"no expresa las *circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que sustentan la decisión* al no hacerse cargo de las alegaciones efectuadas (...) como lo exigen los indicados preceptos a fin de precaver posibles arbitrariedades y de permitir que el interesado interponga los recursos legales con conocimiento de las razones que llevaron a la autoridad a adoptar la medida de que se trata".**⁵⁶

Se trata entonces de que se desprenda del mismo "las razones que incidieron en su dictación, haciendo presente que ello es un requisito de la expresión de voluntad de la autoridad administrativa en todo acto formal".⁵⁷ En todo caso, se ha indicado que "no basta para los fines indicados, la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que contienen la causal que fundamenta (...) como tampoco la sola alusión a razones de índole interno".⁵⁸ En otro asunto, se "hace presente la necesidad que, en lo sucesivo, tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta, en armonía con lo prescrito en los artículos 13 de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 16 y 41, inciso 4°, de la ley N°19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, tal como se ha concluido, entre otros, en los dictámenes N°s 7.453 y 19.080, ambos de 2008, de este Organismo Contralor, aspecto el cual, como puede apreciarse, ha sido omitido en la especie".⁵⁹

⁵⁶ CGR, Dictamen N° 70.935/2011.

⁵⁷ CGR, Dictamen N° 20.637/2010.

⁵⁸ CGR, Dictamen N° 46.427/2008.

⁵⁹ CGR, Dictamen N° 24.887/2009.

Más recientemente, se ha insistido que *"el principio de juridicidad conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional de los antecedentes que se invocan para justificar la procedencia de la decisión adoptada"*.⁶⁰ Y es que, como ya se había dictaminado *"la exigencia de fundamentación de los actos administrativos se relaciona con el recto ejercicio de las potestades otorgadas a la administración activa, toda vez que permite cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo a los principios de juridicidad - el que lleva implícito el de racionalidad-, evitando todo abuso o exceso, de acuerdo con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-, y de igualdad y no discriminación arbitraria -contenido en el artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental-, como asimismo, velar porque tales facultades se ejerzan en concordancia con el objetivo considerado por el ordenamiento jurídico al conferir las"*.⁶¹

La motivación también se relaciona con los principios de transparencia, publicidad e imparcialidad.

En efecto, el artículo 15 de la ley 19.880 ordena que *"el procedimiento administrativo se realizará con **transparencia**, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él"*.

A su vez, como concreción de lo señalado, el inciso 2° del artículo 16 de la ley 19.880 indica que, salvo las excepciones legales o reglamentarias, *"son públicos los actos administrativos del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial"*. Sabido es que la reforma constitucional de 2005 estableció expresamente que *"**son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los***

⁶⁰ CGR, Dictamen N° 55.132/2011. En el mismo sentido, Dictámenes N°s 44.114/2005, 2783/2007 y 23.114/2007

⁶¹ CGR, Dictamen N° 54.968/2009. En el mismo sentido, Dictámenes N°s 15.419/2005 y 46.312/2008 y 60.170/2008.

procedimientos que utilicen.⁶² Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".⁶³

Por último, debe tenerse presente que la Administración debe siempre actuar con **objetividad**, expresando los **hechos y fundamentos de derechos que motiven su actuación**, tal como lo exige el artículo 11 de la ley 19.880.

De lo dicho se desprende que la motivación constituye uno de los elementos principales de la esencia de todo acto administrativo.

⁶² Sobre la materia vid. sentencias del TC, entre otros, Roles 1800/2010, 1990/2011, 1892/2011 y 2153/2011 (ENRIQUE NAVARRO B., *Bases constitucionales del principio de publicidad*, en Revista de Derecho de la UFT 1, Segunda época, 2013).

⁶³ El TC ha dictado diversas sentencias que han ido configurando el principio de publicidad, vinculado con el acceso a la información (Rol 634) y como un principio rector del ordenamiento jurídico y democrático (Rol 1800)

CAPITULO TERCERO
**MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROHIBICION
DE EFECTUAR ACTUACIONES ARBITRARIAS**

La Constitución Política de la República establece como un principio fundamental, junto con la exigencia de motivación de las actuaciones de la autoridad administrativa, el que éstas sean razonables y, por tanto, no sean fruto del mero capricho o arbitrariedad.

1. **Configuración constitucional de la prohibición de efectuar discriminaciones arbitrarias**

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas "*la igualdad ante la ley*", agregando que "*en Chile no hay persona ni grupo privilegiado*", a la vez "*en Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre*". De igual forma, y como consecuencia de la reforma de 1999⁶⁴, se indica que "*hombres y mujeres son iguales ante la ley*".

Por su lado, en el segundo párrafo se establece que "*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*". Como consecuencia de dicho principio, en materia laboral "*se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos*" (artículo 19 N° 16). A su vez, en el ámbito tributario, se preceptúa que "*en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos*" (artículo 19 N° 20).⁶⁵ A su turno, en cuanto a la regulación

⁶⁴ Ley de reforma constitucional N° 19.611, de 16.06.99. Vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Actualidad Jurídica, 26 (2012), p. 63-95

⁶⁵ Sobre esta materia, el TC ha sentenciado que "*La palabra "manifiestamente" se define en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como "Descubierto, patente, claro", y la expresión "desproporcionado", significa que no es proporcionado. El constituyente prohíbe que el tributo sea "manifiestamente desproporcionado" con lo cual reconoce que la desproporción justificada no violenta el principio de igualdad tributaria. Por tanto, el constituyente se guardó de restringir en exceso la autonomía del legislador, y le impuso un límite que sólo impide las desproporciones o injusticias "manifiestas", esto es, aquellas que resultan burdas, exageradas e injustificables. Las restricciones al legislador en esta materia son, entonces, particularmente excepcionales. Ello implica que la defensa de la supremacía constitucional en este ámbito, ha de circunscribirse a evitar las desproporciones o injusticias tributarias que traspasen todos los límites de lo razonable y prudente". (STC 280, c. 19)*

económica se reitera "*la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica*" (artículo 19 N° 22).⁶⁶ Por último, se estatuye que el Banco Central "*no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza*" (artículo 109).⁶⁷

De esta forma, lo que se prohíbe es la diferencia arbitraria, es decir, "*sin fundamentación en la justicia natural o en la equidad más elemental e inconcusa, basada en el simple capricho del legislador*".⁶⁸ Así las cosas, lo que sanciona es "*toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis*

⁶⁶ Se ha sentenciado que "*este derecho constituye una explicitación del principio de la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2). Se traduce, fundamentalmente, en la prohibición que se impone al Estado y sus organismos de discriminar arbitrariamente en el trato que deben dar en materia económica, esto es, de efectuar diferenciaciones o distinciones, realizadas ya por el legislador, ya por cualquier autoridad pública, o por el Estado o sus órganos o agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Este derecho limita la intervención del Estado en la vida económica nacional, pues la Constitución prohíbe otorgar privilegios o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas que no tenga como sustento intelectual una clara connotación de racionalidad*".(TC, Rol 1153, cc. 62 y 63) (En el mismo sentido TC, Roles 312, c. 36 y 467, c. 55).

⁶⁷ El TC ha sentado como doctrina que "*no infringe la igualdad ante la ley la norma que otorga determinadas facultades al Banco Central respecto de las empresas bancarias o sociedades financieras que se encuentren en liquidación forzosa a la fecha de entrar en vigencia la ley, así como también respecto de las empresas bancarias que, al 1° de noviembre de 1984, se encontraban a cargo de Administradores Provisionales y que cumplan, además, ciertas condiciones. En efecto, para ejercer esa facultad tales instituciones deben encontrarse en una situación anormal, como es la liquidación forzosa, en un caso, o bajo administración provisional con ciertas condiciones previas, en el otro. Esta facultad que se otorga al Banco Central comprende a todas las Instituciones en tal situación, sin hacer distinciones, excepciones o diferencias de ninguna naturaleza. Por consiguiente, esa norma desde ningún punto de vista, puede ser calificada como discriminatoria*" (TC, Rol 28, cc.3 a 6).

⁶⁸ ALEJANDRO SILVA B., *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, 2006, p. 124.

intelectual en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable".⁶⁹

Ahora bien, se trata de una "igualdad justa", de forma de tratar "igual a los iguales", lo que "exige realizar diferencias, pero también nivelaciones o equiparaciones que supriman, reduzcan o alivien esas disimilitudes cuando son impuestas, esto es, si constituyen discriminaciones o distinciones arbitrarias".⁷⁰ De esta manera, la discriminación viene a ser para algunos sinónimo de diferencia arbitraria, esto es, "la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable", como asimismo "el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado".⁷¹

2 **Evolución de la jurisprudencia en materia de igualdad ante la ley. De la generalidad a la razonabilidad.**

2.1. **Principio de generalidad**

Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.

El TC, en diversos pronunciamientos, ha precisado que la igualdad ante la ley se traduce en que las normas deben ser iguales para los que se encuentren en similar situación.⁷²

⁶⁹ ENRIQUE EVANS D., *Los derechos constitucionales*, Tomo II, 2004, p. 125.

⁷⁰ JOSE L. CEA E., *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, 2012, p. 132

⁷¹ HUMBERTO NOGUEIRA A., *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo II, 2010, p. 272

⁷² Esto es, "consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad". (Sentencias Roles N°s. 28/1985, 53/1988 y 219/1995). En el mismo sentido, Roles 811/2007, 1217/2008 y 1254/2008

Es decir, la igualdad ante la ley presupone *"que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias"*.⁷³ Por lo mismo, pueden establecerse regímenes especiales.⁷⁴

Con posterioridad, se ha precisado que lo que el artículo 19, número 2, de la Carta Fundamental prohíbe, a leyes y a autoridades, es establecer diferencias arbitrarias, esto es, sin un fin lícito que lo justifique.⁷⁵ O contraria a la lógica o razonabilidad elemental.⁷⁶

Resumiéndose esta tesis, el propio TC ha sintetizado la doctrina señalando que la igualdad ante la ley *"consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran*

⁷³ TC, Rol N° 219/1995

⁷⁴ De esta forma, como lo ha puntualizado esta misma Magistratura, *"la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario"*. (TC, Rol N° 986/2008).

⁷⁵ De modo que *"es efectivo que la jurisprudencia, incluyendo la de este propio Tribunal, y la doctrina han entendido, en diversos casos, que constituye una diferencia arbitraria dar igual trato a situaciones sustancialmente diversas"*; agregando que *"esta dimensión de la igualdad no significa, sin embargo, que toda diferencia exija de trato legal diferenciado, pues ello haría imposible establecer reglas generales. Lo que la Constitución prohíbe no es hacer diferencias, sino hacer diferencias arbitrarias. De igual modo, en la dimensión del principio de igualdad que el requirente denomina diferenciado, no se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación"*. (TC, Rol 807/2007).

⁷⁶ De esta manera, por discriminación arbitraria ha de entenderse *"toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual"*. En otros términos, *"que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede por ejemplo dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias"*. (TC, Roles 811/2007 y 1204/2008).

en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas".⁷⁷ Así, la igualdad ante la ley "consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares".⁷⁸

2.2 Proporcionalidad y razonabilidad de diferencia

Por otro lado, como lo ha señalado dicha Magistratura, en diversos pronunciamientos, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva y proporcional.⁷⁹

De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.⁸⁰

Para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada.⁸¹

⁷⁷ TC, Rol 1502/2009, en alusión a los roles N°s 53, c. 72; 755, c. 27; 790, c. 21; 797, c. 19; y 1535, c. 33

⁷⁸ TC, Rol 1217/1995

⁷⁹ Vid. Miguel Carbonell (coordinador), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Colombia, 2007. Existe también una versión en Chile.

⁸⁰ TC, Roles 755/2007 y 790/2007, entre otros

⁸¹ Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42

Además, se ha señalado que para efectos de dilucidar si, en un determinado conflicto, se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, *"es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental"*. Así, debe analizarse si tal *"diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador"*.⁸²

En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, *"resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados"*⁸³, *"que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación"*.⁸⁴

De este modo, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita *"no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos"*⁸⁵

⁸² TC, Rol 1340/2009. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias roles N°s. 790/2007, 825/2007, 829/2007 y 834/2007

⁸³ TC, Rol 1307/2009, aludiendo a la jurisprudencia sustentada en Roles 755/2007, 790/2007, 1138/2008 y 1140/2008

⁸⁴ TC, Roles 1448/2009 y 1584/2009

⁸⁵ TC, Rol 1463/2009, citando sentencias roles N°s 76/1990, 253/1994 y 790/2007. Una buena síntesis de la doctrina del TC en el ámbito de la garantía constitucional referida, es lo expresado sentencia Rol 1710, de 6 de agosto de 2010: *"Que (...) esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afares desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros*

3. Criterios del TC en materia de diferenciación y su eventual arbitrariedad

Existen diversas decisiones que han rechazado el reclamo de infracción a la igualdad ante la ley, en las que el TC ha ido fijando ciertos criterios respecto de diferenciaciones razonables.

Así, en el ámbito económico, no se han estimado como diferenciación arbitraria la legislación especial sobre regularización de la pequeña propiedad raíz⁸⁶ como igualmente la normativa de protección al consumidor, habida consideración de la disparidad objetiva existente entre proveedores y consumidores⁸⁷. En el mismo sentido, se ha estimado como razonable la obligación de las compañías de seguro de concurrir al financiamiento de bomberos⁸⁸, la exigencia de transparentar ciertas remuneraciones de directivos superiores en la empresa de televisión pública⁸⁹ y la facultad de los municipios de exigir soterramiento de redes, puesto que la igualdad ante la ley "no exige una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamientos", habida consideración que no se "puede pretender una regla uniforme de

*descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre "igualdades esenciales" y "desigualdades esenciales", de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando "personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertiumcomparationis), son comparables", de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada "nueva fórmula", consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto".(consid. 100)*

⁸⁶ TC, Rol 707/2007

⁸⁷ TC, Rol 980/2007

⁸⁸ TC, Rol 1295/2008

⁸⁹ TC, Rol 1800/2010

actividad económica en materia de soterramiento, si cada realidad municipal es distinta".⁹⁰Adicionalmente, en el ámbito de los beneficios económicos, se han tolerado las prestaciones especiales de seguridad social⁹¹ o el no otorgamiento de ciertos incrementos.⁹² Finalmente, se ha estimado razonable el establecimiento de limitaciones en materia indemnizatoria fijados por una convención internacional.⁹³

Ahora bien, en materia de acciones que han sido acogidas, pueden señalarse aquellas en que abusivamente se presume como trabajador dependiente a un profesional independiente⁹⁴o se ha entendido que un trabajador ha realizado labores a honorarios⁹⁵. Del mismo modo, pueden citarse casos en que sin fundamento se priva a trabajadores de beneficios, sea de asignación de título⁹⁶u otras asignaciones⁹⁷. Por último, se ha estimado abusivo el empleo de procedimientos especiales de adquisición de propiedad por empresas que no califican como pequeños propietarios⁹⁸

⁹⁰ TC, Rol N° 1669/2010

⁹¹ TC, Rol 790/2007

⁹² TC, Rol N° 1769/2010

⁹³ TC, Rol N° 1307/2009

⁹⁴ TC, Rol 1399/2009

⁹⁵ TC, Rol N° 767/2007

⁹⁶ TC, Rol N° 1615/2010

⁹⁷ TC, Rol N° 1801/2010

⁹⁸ TC, Rol N° 707/2007. Como ha señalado Pica, la introducción del principio de proporcionalidad "*se ha verificado a propósito de la garantía de la igualdad ante la ley, traduciéndose en la fijación de un estándar reconocible y actual en la material*" (RODRIGO PICA FLORES, *Algunas notas jurisprudenciales sobre la introducción del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional de Chile*, en *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Revista Cecoch, 2013, p. 332).

CAPITULO CUARTO

PROPORCIONALIDAD Y SANCION

En materia sancionatoria se hace más evidente la aplicación del principio de proporcionalidad, desde que la sanción debe considerar precisamente la naturaleza y particularidades de la infracción.

1. **Doctrina**

Como explica García de Enterría, este principio *"se formuló como regla del Derecho Penal en los orígenes modernos de éste, Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículo 9º. 'penas estrictas y evidentemente necesarias'..."*⁹⁹ Ahora bien, como ha señalado Nieto, *"el principio opera en dos planos: en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que asignen a las infracciones sean proporcionales a éstas; y en el de aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas. Siendo aquí de subrayar la omnipresencia, por así decirlo, de este principio puesto que actúa en todas las fases o eslabones de la cadena sancionadora"*.¹⁰⁰

En la doctrina se argumenta respecto del principio que *"implica una obligación de adecuar la norma abstracta a las circunstancias que concurren en cada caso"*¹⁰¹, en base a criterios de apreciación de la Administración de la intencionalidad; naturaleza de los perjuicios causados y, reiteración de una infracción de la misma naturaleza en un plazo determinado. Para Vergara Blanco, supone *"una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas. Este principio impone criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos criterios, incluso derivados de otros principios, como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción..."*¹⁰²

⁹⁹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 180.

¹⁰⁰ ALEJANDRO NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2005, p. 351

¹⁰¹ CATALINA ESCUÍN P., *Curso de Derecho Administrativo*, p.682.

¹⁰² ALEJANDRO VERGARA B., *Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador*, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, año 11, Nº 2, 2004, p.144.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente vinculado con el principio de razonabilidad y alude a *"la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto. La adecuación se logra a través de una idónea ponderación de los medios a emplear; lo que permite que la intervención administrativa se componga por todo y además, por sólo lo que sea necesario y suficiente para la satisfacción del interés general que en cada caso la administración debe servir. De este modo, la proporcionalidad se complementa con el principio favor libertatis que promueve la adopción, entre todas las medidas posibles, de aquella que resulte ser menos restrictiva a la libertad de los particulares afectados"*.¹⁰³

En materia sancionatoria, la proporcionalidad *"consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción administrativa sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción"*¹⁰⁴ El autor señala como reglas básicas para la imposición de las sanciones las siguientes: a) sanción mínima (no puede aplicarse una sanción que sea inferior al beneficio obtenido); b) gravedad de la infracción (debe tomarse en cuenta la mayor o menor gravedad, trascendencia o peligro); c) daño causado (debe considerarse su naturaleza y cuantía); d) situación económica del infractor; e) intencionalidad (elemento volitivo del autor); f) reiteración y reincidencia.¹⁰⁵

De este modo, el estándar de proporcionalidad analiza la relación entre fines y medios y consiste *"en una revisión de la decisión adoptada por la Administración a la luz de los fines para los cuales se le ha otorgado la potestad en cuyo ejercicio ha adoptado una decisión"*.¹⁰⁶

¹⁰³ GLADYS CAMACHO CEPEDA, *La actividad de intervención de la Administración*, en Derecho Administrativo Chileno, coord. Rolando Pantoja B., 2010, p. 181

¹⁰⁴ JORGE BERMUDEZ SOTO, *Derecho Administrativo General*, p. 290

¹⁰⁵ Ibid., p. 291 a 293

¹⁰⁶ OSVALDO DE LA FUENTE CASTRO, *Control judicial de la resolución de calificación ambiental*, 2012, p. 120

La doctrina especializada ha entendido por proporcionalidad en sentido amplio, también denominado como prohibición de exceso "el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser **susceptible** de alcanzar la finalidad perseguida, **necesaria** o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre los posibles -ley del mínimo intervencionismo-) y **proporcional** en sentido estricto, es decir, **ponderada** o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades".¹⁰⁷

El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: a) **idoneidad**, que evalúa la aptitud que tiene la decisión para alcanzar el fin propuesto, de modo que deberá analizarse si la medida permite alcanzar o no este fin, de acuerdo a los conocimientos especializados; b) **necesidad**, de forma tal que dentro de las medidas idóneas se adopte la menos lesiva o perjudicial para el afectado; y c) **proporcionalidad** estricta, que compara las ventajas de la decisión, excluyendo así las que presentan mayores perjuicios.¹⁰⁸

De este modo: a) el principio de idoneidad o utilidad exige comprobar si la medida limitadora es, por sí misma, un medio apto para conseguir el fin público que la justifica; b) el principio de necesidad o adecuación supone valorar si el medio propuesto es el menos incisivo sobre la esfera de intereses privados, siendo igualmente eficaz, respecto de otros medios posibles dirigidos a la consecución del mismo fin público; y c) principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde se pondera en sentido propio entre el fin público perseguido y la medida empleada, de modo de valorar si la consecución del concreto fin público pretendido justifica o compensa el sacrificio del interés privado afectado por la medida.¹⁰⁹

¹⁰⁷ JAVIER BARNES, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, en Revista de Administración Pública 135, 1994, p. 500

¹⁰⁸ DANIEL SARMIENTO, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español*, 2007, U. Externado de Colombia, p. 191 y ss.

¹⁰⁹ MATILDE CARLON RUIZ, *El principio de proporcionalidad*, p. 207 y 208

Así, la doctrina ha destacado como notas del principio de proporcionalidad la prescindibilidad del acto sancionador para lograr el fin propuesto, la adecuación de la medida aplicada para obtenerlo, la necesidad de establecer criterios cuyo tratamiento permita conocer el grado de perjudicialidad y dañosidad de cada medida de las posible adopción o la concordancia en relación a la entidad de dicha medida y la importancia del objetivo que la justifica.¹¹⁰

2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Nuestro Tribunal Constitucional sobre el punto, en una situación en que se reprochaba un precepto de naturaleza sancionatoria tributaria, ha indicado que en la medida que la norma establece parámetros debe estimarse que tiene carácter de razonable.¹¹¹

En el ámbito de la potestad sancionadora, este principio constituye un auténtico control de las sanciones tipificadas y aplicadas por la propia Administración, pues sirve para moderar la imposición de las mismas. En este sentido, resulta importante la proporcionalidad para establecer una regla de prudencia en la relación entre sanciones ínfimas aplicadas a infracciones graves contra el interés general o bien, en la aplicación de multas enormes respecto de hechos o conductas cuyas consecuencias respecto del interés general son menores, afectando desproporcionadamente el patrimonio o la propiedad de los infractores.

¹¹⁰ CARLOS LESMES SERRANO y otros, *Derecho Penal Administrativo*, Granada, 1997, p. 12

¹¹¹ Por lo tanto, "de la simple lectura de dicha disposición se desprende que el aludido precepto legal se limita a establecer los parámetros que debe tener en consideración el Director Regional para aplicar las sanciones. Así, deberá considerar la eventual reincidencia del sancionado, la situación subjetiva del infractor, tanto respecto de su intención como del grado de conocimiento de su obligación legal, el perjuicio fiscal y, por último, la cooperación prestada, antecedente todos que le permitirán determinar adecuadamente la naturaleza de la infracción y sus circunstancias". Concluyendo que, "en consecuencia, todo ello dice relación también con la forma administrativa sancionadora y la potestad reglada que se le entrega a la autoridad administrativa, la que debe imponer sanciones de acuerdo a los principios fijados por el legislador, razón por la cual no merece reproche de constitucionalidad el precepto legal en cuestión". (TC, Rol 766, 2007, consid. 17 y 18). Vid. ENRIQUE NAVARRO B., *Principios que rigen en materia de Derecho Administrativo Sancionador reconocidos por la jurisprudencia del TC*, en Libro homenaje a grandes penalistas chilenos, Ed. UFT, 2010, p. 241 y ss.

Así, los órganos jurisdiccionales podrán revisar y temperar las sanciones administrativas en función de la auténtica gravedad y la trascendencia respecto del interés general. Sobre este punto, el proyecto de ley de procedimiento sancionatorio, que se encuentra actualmente archivado, y que se propuso precisamente como consecuencia de una sentencia del TC en materia sancionatoria, dispuso de una clasificación sobre la base de la graduación común a las infracciones, en leves, graves y muy graves, agregando además que *"en la imposición de sanciones, la Administración deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada"*, estableciendo para dicho efecto determinados criterios de objetividad. Por lo mismo, a falta de norma legal especial, se proponen los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: *"la existencia de intencionalidad o reiteración; la naturaleza de los perjuicios causados; la existencia de riesgos o peligro para terceros, derivados de la infracción cometida y su entidad, y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme"*.¹¹²

Más, recientemente, el Tribunal Constitucional ha reiterado que la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. De forma tal, dicho principio se infringe cuando *"a las dos penas de multa impuestas por dos infracciones graves, cualesquiera que éstas sean, se adiciona la de suspender la licencia de conducir sin tener en cuenta si las conductas en que incurrió anteriormente el infractor o los antecedentes del mismo, revelan una especial peligrosidad que amerite la aplicación de la suspensión de la licencia de conducir"*.¹¹³

¹¹² Proyecto de ley de procedimiento sancionatorio (Boletín 3475-06)

¹¹³ TC, Rol 2045/2011. En el mismo sentido, Rol 2254/2012. La acumulación de sanciones en materia infraccional de la ley del tránsito ha motivado diversas decisiones, en algunos casos ha habido empate de votos (TC, Roles N°s 1.960, 1.961/2011, 2.018/2011, 2.108/2011 y 2.236/2012) y, en otras, se desechado pero con importantes disidencias (TC, Roles 2402/2013 y 2403/2013).

A su vez, se ha sentenciado que el inciso tercero del artículo 53 del Código Tributario, en cuanto fija un interés penal moratorio ascendente al uno coma cinco por ciento mensual, *"produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República en el caso concreto, desde que obliga a pagar una suma que a todas luces se presenta como desproporcionada, injusta y abusiva, máxime si se tiene presente que durante la casi totalidad del período en que se impone la sanción respecto de las sumas adeudadas y reajustadas (específicamente el tiempo transcurrido entre las fechas de la resolución anulada y de la que tuvo definitivamente por interpuesto el recurso), se está frente a situaciones no imputables al deudor, puesto que han sido dejadas sin efecto las actuaciones practicadas en el juicio tributario, como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad, de forma tal que se trata de hechos atribuibles a la propia administración, a lo que debe agregarse que no resulta equivalente la sanción a la que tendría que aplicar el propio Fisco tratándose de sumas pagadas injustificadamente por el contribuyente"*.¹¹⁴

De esta forma, resulta a la todas luces evidente que la sanción que pueda aplicar la autoridad administrativa debe ser adecuada y proporcional a la gravedad y naturaleza del hecho, tomando en consideración los parámetros fijados en la ley.

El mismo Tribunal ha sentenciado que se respeta el principio de proporcionalidad si la sanción de inhabilitación para el ejercicio de una actividad económica regulada se aplica sólo a las infracciones más graves, de forma tal que el legislador ha ponderado razonablemente, usando de sus facultades soberanas.¹¹⁵ En el mismo sentido, se ha señalado que *"la regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común"*.¹¹⁶ Igualmente, para descartar una vulneración del principio de proporcionalidad en un

¹¹⁴ TC, Rol 1951/2011

¹¹⁵ TC, Rol 1413/2009, c. 35

¹¹⁶ TC, Rol 541/2006, c. 15

determinado caso, dicha Magistratura Constitucional *"no puede desatender la circunstancia de que la sanción se impone por infracciones reiteradas de obligaciones legales y que, asimismo, no se han establecido elementos de los que surja necesariamente una relación desequilibrada, en el contexto del sistema de concesiones, entre los valores recaudados por la concesionaria a título de multas y lo que deja de percibir por concepto de no pago de tarifa"*.¹¹⁷

En suma, como señala un destacado autor, *"la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso puede exceder esa necesidad"*.¹¹⁸

De esta forma, resulta a la todas luces evidente que la sanción que pueda aplicar la autoridad administrativa debe ser adecuada y proporcional a la gravedad y naturaleza del hecho, tomando en consideración los parámetros fijados en la ley.

3. Sanciones y proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema

La proporcionalidad, como lo ha sostenido la Corte Suprema *"apunta a la congruencia entre la entidad del daño provocado por la infracción y el castigo a imponer"*.¹¹⁹

Dicho máximo tribunal, en diversas sentencias, ha ido configurando la necesidad de que las sanciones se ajusten al principio de proporcionalidad.¹²⁰

¹¹⁷ TC, Rol 541/2006, c. 17

¹¹⁸ GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho Penal*, Tomo I, p. 49

¹¹⁹ C.S., Rol Nº 5830/2009, 10 de diciembre de 2009. De este modo, siempre debe existir una proporcionalidad entre el daño provocado por la infracción y el castigo a imponer (C.S., Rol 1497/2009, 23 de abril de 2009), teniendo en consideración los antecedentes que motivan la infracción (C.S., Rol 3113/2007, 30 de julio de 2007).

¹²⁰ En distintas decisiones se habla de proporcionalidad y racionalidad (C.S., Rol 7184/2009, 17 de noviembre de 2009).

Así, por ejemplo, se ha desechado la aplicación de una sanción de suspensión del empleo, dado que los cargos son de entidad suficiente para justificar una medida tan drástica, teniendo además en consideración la entidad del daño provocado.¹²¹

Igualmente, se ha señalado, que cierta falta de diligencia si bien amerita una sanción, no constituye una falta grave a la probidad, por lo que no resulta racional ni legítimo imponer la destitución.¹²²

Por su parte, la posibilidad de ordenar la demolición de una propiedad debe efectuarse con arreglo a los criterios de oportunidad y proporcionalidad, considerando además, el perjuicio que de ello pueda irrogarse a las personas involucradas.¹²³

Se ha estimado prudente rebajar ciertas multas impuestas por la Superintendencia de Electricidad y Combustible.¹²⁴ En tal sentido, se ha insistido que, al momento de ponderar la entidad de las sanciones que corresponde aplicar a la SEC, debe tenerse en consideración las circunstancias a que se refiere el artículo 16 de la Ley N° 18.410, en particular, la importancia del daño causado, el porcentaje de usuarios afectados y la capacidad económica del infractor.¹²⁵

En un caso municipal, se invoca la aplicación del artículo 120 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, que establece que las medidas disciplinarias de que pueden ser objeto tales funcionarios se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes. Así, del tenor del artículo antes citado aparece que la proporcionalidad de la sanción no es de discrecionalidad del Alcalde, como lo afirma la recurrida, desde que es obligación de éste al momento de determinar la medida a aplicar tomar en consideración la

¹²¹ C.S., Rol 4471/2012, 9 de noviembre de 2012

¹²² C.S., Rol 5085/2012, 29 de mayo de 2012

¹²³ C.S., Rol 4975/2009, 21 de junio de 2011

¹²⁴ C.S., Rol 2015/2011, 15 de abril de 2011

¹²⁵ C.S., Rol 4404/2005, 8 de noviembre de 2005

gravedad de la falta y, además, las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes y al no haberlo hecho de esa forma el acto adolece de ilegalidad.¹²⁶

4. **Proporcionalidad en los dictámenes de la CGR**

En el ámbito sancionatorio, la Contraloría General de la República, en diversos dictámenes, ha fundamentado la aplicación del principio de proporcionalidad.

Así, en relación a una medida impuesta por la Subsecretaría de Previsión Social, se concluye que *"la medida disciplinaria impuesta guarda correspondencia y proporcionalidad con el número y la gravedad de las infracciones cometidas"*¹²⁷

En otro caso dictamina que *"cuando la ley asigna una medida disciplinaria específica para una determinada infracción, como acontece respecto de la falta a la probidad, la autoridad administrativa se encuentra en el imperativo legal de disponerla, sin perjuicio que, en virtud de la potestad disciplinaria que posee, determine, a través de un acto administrativo fundado, rebajarla imponiendo en sustitución de ella una sanción no expulsiva"*.¹²⁸

En un proceso disciplinario sustanciado por el Ministerio de Educación, se concluye que se ha cumplido con el principio de proporcionalidad, desde que se ha justificado dada la entidad de la conducta infraccional y la prolongación de la misma por un período considerable de tiempo.¹²⁹

¹²⁶ C.S., Rol 3345/2010, 8 de abril de 2010

¹²⁷ CGR, Dictamen 84251/2013

¹²⁸ CGR, Dictamen 22738/2014. Siguiendo lo señalado en dictámenes N°s 33.054/2000, 22.509/2005, 49.342/2009 y 18.835/2012

¹²⁹ CGR, Dictamen 17885/2014

A su vez, se también se ha dictaminado que en relación a un asunto y a su proporcionalidad, es pertinente señalar que *"los hechos constitutivos de las infracciones imputadas fueron fundadamente calificados como faltas graves a los deberes funcionarios, en términos tales que se encuentra debidamente justificado que no existe otro castigo que su alejamiento del servicio, de modo tal que la medida se ajusta a la entidad de las contravenciones acreditadas a través de un procedimiento racional y justo"*¹³⁰

En otro caso similar, se afirma que los hechos son especialmente graves, en términos que se encuentra debidamente justificado que no existe otro castigo que su alejamiento del servicio, de modo que las medidas se ajustan a la entidad de las contravenciones acreditadas.¹³¹

¹³⁰ CGR, Dictamen 72898/2013

¹³¹ CGR, Dictamen 51495/2013

CAPITULO QUINTO

PROPORCIONALIDAD Y SANCION AMBIENTAL

1. Doctrina

Como ha señalado un autor, *"la potestad sancionadora ambiental fue delineada como un poder fuerte que efectivamente cumpla un rol de prevención general, pero dotado de límites administrativos, que al menos en el papel parecen ser manifestación de una garantía y equilibrio para el particular"*.¹³² En efecto, señala, *"la potestad sancionadora ambiental reconoce límites orgánicos, procedimentales y sustantivos"*.¹³³

Tal como se analizará, la normativa ambiental considera, para determinar la sanción específica aplicable en cada caso *"una serie de circunstancias, referidas taxativamente (art. 40), que marcan un preciso límite a la discrecionalidad del órgano fiscalizador en la determinación de quantum de la pena pecuniaria"*. Tiene en cuenta al efecto, *"la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acto u omisión constitutiva de la misma, etc."*¹³⁴

2. Jurisprudencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema ha consignado en un asunto de carácter ambiental, que: *"tal como lo señalaron los diversos organismos con competencia ambiental que intervinieron en este procedimiento de evaluación, no es posible vislumbrar de qué manera este tendido eléctrico pueda provocar una alteración significativa de los sistema de vida y costumbres de los grupos reclamantes, puesto que no afecta viviendas, servicios, acceso o sitios de significación cultural, teniendo en consideración que el trazado en la comuna de Freire corresponde a una zona ya intervenida por un ex ramal ferroviario de propiedad de la*

¹³² JORGE BERMUDEZ SOTO, *Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XL, 1er. Semestre, 2013, p. 445

¹³³ Ibid.

¹³⁴ HERNANDEZ EMPARANZA, DOMINGO, *Nueva institucionalidad ambiental, una evolución sin sobresaltos*, en Evaluación medioambiental, participación y protección del medio ambiente, 2013, p. 305

*Empresa de Ferrocarriles del Estado". Agregando que: "la instalación eléctrica a la cual solo se oponen seis de las casi treinta comunidades indígenas a las que el propio recurso alude, **no solo no presenta evidencias de generar las consecuencias invocadas** por los recurrentes, sino que estos como pueblo originario **ni siquiera han justificado alguna afectación** a sus derechos en sus tierras, sistemas de vida, creencias y bienestar. Por consiguiente, no es posible constatar la ilegalidad denunciada ni la procedencia de un Estudio de Impacto Ambiental, al no configurarse alguna de las causales por las cuales se exige su elaboración"*

De forma tal que, aludiendo al principio que nos ocupa, "Los recurrentes **no han explicitado razonablemente** cómo les afectaría el proyecto calificado favorablemente por la autoridad ambiental recurrida". Concluyendo: "Que finalmente esta Corte estima necesario dejar consignado que, sin desconocer el carácter preventivo que informa al sistema de evaluación ambiental, **tampoco se puede prescindir de ciertos estándares de proporcionalidad** en el análisis de esta materia. En este sentido se vuelve a destacar que la línea de transmisión utilizará una ex faja ferroviaria como vía en aquella parte del tramo objeto de controversia por las comunidades aledañas. Jamás se argumentó por los actores que esos terrenos -de propiedad de la Empresa de Ferrocarriles del Estado- les prestaran funciones ambientales relevantes, como la presencia de especies vegetales o animales, existencia de humedales o sitios de significación cultural. La proximidad alegada tampoco resulta en este caso una pauta suficiente, pues tanto el trazado como la franja de seguridad de la línea eléctrica se encuentran fuera de los bienes, servicios, equipamientos y sitios de significación cultural y espiritual que conforman el bienestar básico de los grupos humanos cercanos. En fin, de la revisión de estos antecedentes no es posible reparar que el proyecto en cuestión produzca alteraciones o interferencias en las comunidades reclamantes".¹³⁵

A su vez, en materia de prueba, se ha sentenciado: "Si bien es efectivo que lo que afirma un ministro de fe tiene mérito de credibilidad y certificación, ello no obsta a que tales afirmaciones puedan ser desvirtuadas con la prueba rendida al efecto, como ocurrió en el caso sub lite. Las aseveraciones de estos ministros de fe en ningún caso

¹³⁵

C.S., Rol 1602/2012, 8 de junio de 2012

importan una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario, sino únicamente que para desvirtuar su mérito debe acreditarse el hecho contrario, con lo cual se produce el efecto de la inversión del onusprobandi, correspondiéndole en consecuencia a la parte reclamante probar lo contrario, como efectivamente ocurrió. Ahora bien, de la lectura del considerando decimo tercero del fallo de primer grado aparece que en él se indica que, respecto a las infracciones que allí se mencionan, la prueba rendida por la parte reclamada es insuficiente para tenerlas por acreditadas, aspecto que, a diferencia de lo que se indica en el recurso, no importa la alteración del onusprobandi, puesto que tal fundamento no es sino el resumen de los fundamentos anteriores, en los que se pronunció acerca de la prueba rendida por la reclamante y con la cual las estimó desvirtuadas. Es decir, la sentencia fundó su decisión en la prueba rendida por la demandante, con la que estimó desvirtuadas gran parte de las infracciones que se le imputaban, y no en la falta de prueba de la parte demandada, como erróneamente se afirma en el recurso".¹³⁶

En España, en diversas sentencias, se ha indicado que el principio de proporcionalidad implica la corrección del exceso legal en que incurra la administración al aplicar su potestad de sancionar las conductas contrarias a la normativa administrativa¹³⁷ y de llevar a cabo una apreciación conjunta de las circunstancias objetivas y subjetivas que integran el presupuesto de hecho sancionable.¹³⁸ Igualmente, en Colombia, dicho principio supone que la sanción que debe imponer la administración debe guardar proporción con las circunstancias objetivas y subjetivas que la motivaron.¹³⁹

¹³⁶ C.S., Rol 7262/2010, 7 de noviembre de 2012

¹³⁷ Sentencia de 10 de julio de 1985

¹³⁸ Sentencia de 22 de septiembre de 1982

¹³⁹ CARLOS J. VELASQUEZ MUÑOZ, *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, 2004, p. 58

3. Suspensión de funcionamiento de actividades

Frente a la posibilidad de aplicar sanciones tan graves para el titular de un proyecto, como es la suspensión de las actividades o clausura, las que además deben tener un carácter de excepcional o "ultima ratio", se ha insistido por la doctrina que *"la revisión de antecedentes que el Tribunal Ambiental competente puede efectuar, se encuadra también en los estándares aplicables a las medidas provisionales, esto es, legalidad, razonabilidad y procedimiento e información"*.¹⁴⁰

Las infracciones proceden por diversas causales, tales como *"incumplimiento de RCA's, ejecución de actividades sin RCA's, infracciones de planes, comisión de irregularidades por parte de organismos certificados, trasgresión de instrucciones y normas SMA, infracción de órdenes de suspensión o medidas transitorias, RILES, normas de emisión, planes de recuperación o conservación de especies, requerimientos de información, planes de manejo, medidas provisionales ordenadas en procedimientos sancionatorios, información fuentes emisoras, así como en forma residual de toda norma ambiental que no tenga sanción establecida en forma específica"*.¹⁴¹

¹⁴⁰ CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL U.CHILE, *Los Tribunales Ambientales y la Superintendencia del Medio Ambiente*, en Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental, p. 545

¹⁴¹ EDUARDO ASTORGA JORQUERA, *Derecho Ambiental Chileno*, 2012, p. 275. En tal sentido, el Artículo 35 de la LOSMA señala que: *"Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones: a) El incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental; b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3º; c) El incumplimiento de las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación, normas de calidad y emisión, cuando corresponda; d) El incumplimiento por parte de entidades técnicas acreditadas por la Superintendencia, de los términos y condiciones bajo las cuales se les haya otorgado la autorización, o de las obligaciones que esta ley les imponga; e) El incumplimiento de las normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparta en ejercicio de las atribuciones que le confiere esta ley; f) Incumplir las medidas adoptadas por la superintendencia en virtud de lo dispuesto en las letras g) y h) del artículo 3º; g) El incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales; h) El incumplimiento de las Normas de Emisión, cuando corresponda; i) El incumplimiento de los planes de recuperación, conservación y gestión de especies establecidos en la ley Nº*

4. Parámetros legales

Como se sabe, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, indistintamente, la "SMA") está revestida de la facultad de imponer sanciones de conformidad a la ley.¹⁴²

En este sentido, debe analizarse los parámetros que establece el legislador para determinar la entidad de la sanción.¹⁴³

4.1. Parámetros generales

De acuerdo a lo señalado en el artículo 39 de la LOSMA, las infracciones se determinan de acuerdo a su gravedad en:

a) Infracciones leves, que podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa (1 a 1.000 UTA). Ello es aplicable, de acuerdo a lo señalado en el artículo 36 de la LOSMA, a todas las demás situaciones de incumplimiento legal.

b) Infracciones graves, que podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura o multa (hasta 5.000 UTA). De acuerdo al aludido artículo 36, ello procede cuando se verifique, alternativamente, daño ambiental reparable, riesgo significativo a la salud, afectación negativa de planes, ejecución sin RCA cuando procede una DIA, incumplimiento de medidas previstas en la RCA para eliminar o minimizar efectos adversos significativos, no acatamiento de instrucciones y medidas urgentes, negativa a entregar información relevante y persistente reiteración de infracciones leves dentro de áreas silvestres protegidas.

19.300; j) El incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a esta ley; k) El incumplimiento de los planes de manejo a que se refiere la ley N° 19.300; l) El incumplimiento de las obligaciones derivadas de las medidas provisionales previstas en el artículo 48; m) El incumplimiento de la obligación de informar de los responsables de fuentes emisoras, para la elaboración del registro al cual hace mención la letra p) del artículo 70 de la ley N° 19.300; y n) El incumplimiento cualquiera de toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica".

¹⁴² Artículo 3, letra o) LOSMA. Además, el Artículo 35, reitera que "corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora".

¹⁴³ En este sentido, se sigue la clasificación de la doctrina. Vid. RODRIGO GUZMAN ROSEN, *Derecho Ambiental Chileno*, 2012, p. 222 y 223

c) Infracciones gravísimas, que podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura o multa (hasta 10.000 UTA). Corresponde esta sanción, según el artículo 36, cuando se trate de un daño no reparable, afectación grave a la salud, obstaculización de planes, información falsa u ocultamiento, impedimento de fiscalización, ejecución sin RCA, cuando proceda EIA, o vulneración de infracciones graves.

4.2. **Parámetros específicos**

Tal como señala el artículo 40 de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas, se consideran ciertas circunstancias:

a) Las que se refieren a las consecuencias de los hechos infraccionales. En este caso, puede citarse la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción y el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

b) Las que se refieren a factores de orden económico. Aquí se puede citar lo referente al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción y la capacidad económica del infractor.

c) Las vinculadas a la conducta del infractor, correspondiendo a situaciones como la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, la conducta anterior del infractor y el cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.

d) Regla de carácter residual, correspondiendo a todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

Como puede apreciarse de lo señalado anteriormente, no existe una infracción en la LOSMA que tengan asociada como única sanción la clausura o suspensión de las actividades. Por el contrario, siempre la autoridad administrativa tendrá una cierta discrecionalidad para precisar la sanción. La materia originó -incluso- una reserva de constitucionalidad.¹⁴⁴

¹⁴⁴ La Diputada Turrez hizo reserva de constitucionalidad, dado que estimó que los criterios del legislador eran "*genéricos y vagos*" (Historia de la Ley 20.417, p. 545 y 546). El Diputado

Aunque normalmente la doctrina y la jurisprudencia aceptan que la potestad sancionadora es de naturaleza discrecional, no resulta posible admitir que tal discrecionalidad equivalga a una libertad de elección absoluta. Se trata más bien, de una habilitación para, dentro de los términos resultantes de la instrucción y de las determinaciones legales sobre las sanciones imponibles, llevar a cabo una adecuada interpretación de la infracción cometida y de las normas aplicables.¹⁴⁵

Como puede apreciarse, y tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la normativa legal, se trata de establecer parámetros que claramente constituyen una forma objetiva de delimitar la discrecionalidad, teniendo en este sentido especial relevancia la ponderación razonable de los hechos y la debida justicia y proporcionalidad de la sanción en relación a la infracción.

De conformidad a lo prescrito en el artículo 51 de la LOSMA, los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sanacritica.

Concluida la investigación, el Fiscal instructor emitirá un Dictamen, en el que propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda, debiendo contener, al tenor de lo señalado en el artículo 53 de la LOSMA, *"la individualización del o de los infractores; la relación de los hechos investigados y la **forma como se ha llegado a comprobarlos**, y la proposición al Superintendente de las sanciones que estime procedente aplicar o de la absolución de uno o más de los infractores"*. Elevados los antecedentes al Superintendente, éste debe dictar *"una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción"* (artículo 54 de la LOSMA).

Accorsi contra argumentó que el proyecto cumplía *"estrictamente los estándares señalados por el Tribunal Constitucional para las sanciones administrativas"* (Historia de la Ley, p. 568). En todo caso, el Senador Uriarte enfatizó que dentro de la inspiración del proyecto estala el *"limitar la discrecionalidad en todos los actores que tienen poder de decisión en materia ambiental"* (Historia de la Ley, p. 565).

¹⁴⁵ SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T. 4 Madrid, España, Ed. Iustel (2011) p. 1027

Velando por el principio de congruencia, el inciso final del artículo 58 de la LOSMA ordena que *"ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos"*. A su turno, el artículo 59 preceptúa que *"iniciado un procedimiento administrativo sancionador por parte de la Superintendencia no podrá ningún organismo sectorial con competencia ambiental, por los mismos hechos, iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio de competencias propias o denunciarlos a la justicia civil, a menos que la Superintendencia se declare incompetente"*.

Por último, en relación al principio "non bis in ídem"¹⁴⁶, el artículo 60 exige que *"cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad. En*

¹⁴⁶ La Corte Suprema ha señalado que *"el mencionado principio non bis in ídem, con arreglo al cual una persona no puede ser procesada ni condenada dos veces por un mismo hecho para algunos (...) configura una garantía individual innominada, originaria del derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política, y en ideal de que al admitirse una segunda condena por la misma infracción, se produce una manifiesta desproporción entre la falta y el castigo"* (C.S., Rol N° 196/2009, 24 de marzo de 2009). El TC ha recordado que *"es una base esencial de todo ordenamiento penal democrático el principio de que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución criminal, conocido como el "non bis in ídem". Esta interdicción del juzgamiento y la sanción múltiple se sustenta, respectivamente, en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad"*. Agregando que *"su fundamento constitucional deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en la normativa pertinente a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como se ha dicho reiteradamente, tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia"*. Concluyendo que *"en este caso, la contrariedad a los principios constitucionales referidos aparece clara y nítida, no pudiendo ser interferida en su comprensión por consideraciones ajenas a su esencia, pues en todos los procesos vinculados se tutela el mismo bien jurídico; no existe un hecho delictivo nuevo (el que motiva el tercer proceso no lo es, como que su fundamento es una infracción ya juzgada) y el instituto de la acumulación de penas está reservado, por su naturaleza, a situaciones del todo ajenas a las que se ventilan en este caso"*. (TC, Roles 2254/2012 y 2045/2011, c. 4 y 5).

ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”.

5. **Procesos sancionatorios ambientales de la SMA**

En tal sentido, para apreciar la aplicación del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria ambiental, resulta relevante revisar los procesos sancionatorios que ha venido llevando a cabo la Superintendencia del Medio Ambiente durante los años 2013 y 2014.

Durante el año 2013 se efectuaron 70 procesos sancionatorios, de los que se puede apreciar lo siguiente, excluidos los que aún se tramitan:

- a) En tres casos hubo sentencias favorables, ya sea absolviendo¹⁴⁷ o dictando sobreseimiento.¹⁴⁸
- b) En otros tres casos sólo se impuso la sanción de amonestación por escrito.¹⁴⁹
- c) En 24 casos se aprobaron programas de cumplimiento.¹⁵⁰
- d) Y en otros 24 casos se aplicaron multas de diversos montos.¹⁵¹

A su turno, tratándose de los expedientes sancionatorios iniciados durante el presente año, 36 se encuentran en actual tramitación y en tres se aprobaron programas de cumplimiento.¹⁵²

¹⁴⁷ Los procesos D 018/2013 y D 008/2013

¹⁴⁸ El único caso corresponde al F 037/2013

¹⁴⁹ Se trata de los procesos F 035/2013, F 033/2013 y F 031/2013

¹⁵⁰ Corresponden a los siguientes: F 039/2013, F 038/2013, D 026/2013, F 027/2013, F 023/2013, F 022/2013, F 021/2013, F 020/2013, A 004/2013, F 018/2013, D 013/2013, F 016/2013, A 003/2013, F 014/2013, F 012/2013, D 009/2013, D 006/2013, F 009/2013, F 008/2013, F 006/2013, F 004/2013, F 005/2013, F 001/2013 y A 001/2013.

¹⁵¹ Así ocurrió en los procesos F 036/2013, F 034/2013, F 030/2013, F 029/2013, F 028/2013, D 025/2013, D 024/2013, D 023/2013, F 024/2013, D 020/2013, D 016/2013, F 017/2013, D 012/2013, F 013/2013, D 011/2013, D 010/2013, D 007/2013, F 010/2013, F 007/2013, D 005/2013, F 002/2013, D 004/2013, D 002/2013 y D 003/2013.

6. **La proporcionalidad en la discusión de la Ley N° 20.417**

La necesidad de que las sanciones sean adecuadas y proporcionales fue también planteado y discutido en la aprobación de la normativa sancionatoria ambiental.

Así, por ejemplo, representantes del Consejo Minero hicieron presente que sobre la responsabilidad solidaria, en el pago de las multas, de representantes y personas que actúen a nombre de persona jurídica, sugirieron modificar la norma de manera de establecer responsabilidad subsidiaria sólo respecto de los representantes legales que actuaron sabiendo o debiendo saber de las infracciones. Además, consideraron que se debe eliminar la solidaridad y limitar -no extender-, la denominación genérica de quienes actúen a nombre de una persona jurídica. Lo anterior permitiría ponderar adecuadamente las necesidades de garantizar pago de multas con **principios de equidad y proporcionalidad**.¹⁵³

Por su parte, la Coordinadora de Investigación del Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, agregó que, en ese sentido, las recomendaciones y principios de la OCDE, especialmente formuladas en su momento para los países de Europa del Este, deben ser consideradas, destacando entre ellas, las siguientes: protección eficaz y eficiente de salud humana y ambiente, principio preventivo y fiscalización equitativa y justificada: coherencia, transparencia y **proporcionalidad**.¹⁵⁴

A su vez, el Presidente de la Fiscalía del Medio Ambiente, señor Fernando Dougnac expresó que las sanciones deberían estar expresadas en relación a un porcentaje del capital propio del infractor a fin de que guarde **proporcionalidad** con su patrimonio y que las multas no sean excesivamente draconianas.¹⁵⁵

¹⁵² Los procesos F 001/2014, F 003/2014 y F 026/2014

¹⁵³ Historia de la Ley, p. 138

¹⁵⁴ Historia de la Ley, p. 155

¹⁵⁵ Historia de la Ley, p. 784

Cabe tener presente que el Protocolo de Acuerdo del Proyecto de Ley que crea el Ministerio y la Superintendencia del Medio Ambiente, señalaba expresamente, en relación a la necesidad de un órgano jurisdiccional especializado que revisara las actuaciones administrativas, que *"El tribunal tendrá amplias atribuciones para evaluar la legalidad, **proporcionalidad**, razonabilidad y contenido técnico de las decisiones objeto de su competencia"*.¹⁵⁶

A su turno, el encargado de la Comisión de Medio Ambiente del Instituto Libertad, instó a que se estableciera un régimen de incentivos para los particulares para el cumplimiento de las normas, fijándose estándares incluso más exigentes que los nacionales, reducción de emisiones, utilización de mejores tecnologías y acciones de mejora de calidad de vida de las comunidades, **considerando en determinadas situaciones un atenuante de sanciones que implique que ante una primera infracción se deba imponer el mínimo de la multa.**

Del mismo modo, el investigador de Libertad y Desarrollo, Sebastián Soto, señaló que el proyecto debilita la certeza jurídica de los permisos ambientales, los que, a su juicio, ya son precarios, adicionándoles mayor precariedad al establecer las revisiones de oficio, la suspensión de la resolución de calificación ambiental y sobre todo de las medidas provisionales que puede decretar la SMA, como la clausura temporal, la suspensión de la RCA, etc. Expresó que, como una manera de solucionar el problema reseñado, se debe **elevar los estándares de intervención de la Superintendencia**, agregando que cada una de las autorizaciones para revisar, suspender o caducar debe ser estudiada con mayor detención para evitar dejar un espacio en la ley que permita una precariedad mayor. Enseguida se refirió al desequilibrio existente entre el fiscalizador y el fiscalizado, aseverando que éste es uno de los nudos más relevantes del proyecto, ya que es inverosímil que un funcionario de la Superintendencia del Medio Ambiente tenga mayores atribuciones que un Fiscal del Ministerio Público, señalando que éste último cuando ingresa a un lugar privado requiere de una autorización judicial previa y que si el mismo fiscal cita a declarar también requiere de autorización del Juez de Garantía.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Letra e)

¹⁵⁷ Historia de la Ley, p. 745

Por su parte, el Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Valparaíso, Jorge Bermúdez Soto, resaltó en relación a la tipificación de las infracciones y su consiguiente sanción que *"parece ser que en pocas normas de rango legal se han determinado tan claramente las infracciones y su respectiva sanción, porque en otras regulaciones, como los de la SEC por ejemplo, están regulados de manera mucho más amplia de lo que aparecen acá, los tipos infraccionales y administrativos que se dan en esa normativa son bastante más amplios, por lo que uno podría dudar con mayor fundamento de la constitucionalidad de esas normas. No menos importante, es que si bien se establecen rangos desanciones muy amplios en su cuantía, esto queda acotado a ciertos tipos de rangos de multas son para cierto tipo de hechos, de manera que en ese punto se ha acotado la discrecionalidad administrativa"*.

La situación incluso motivó una indicación parlamentaria en cuanto a que *"Todas las medidas provisionales que se adopten en virtud del presente artículo deberán ser proporcionales al tipo de infracción, respetar los derechos amparados por las leyes y no podrán constituir imposición anticipada de sanciones."*¹⁵⁸ En el mismo sentido, un Senador planteó que la aplicación de sanciones debía ser siempre proporcional a la capacidad económica del infractor. Adicionalmente, otros senadores desearon precisar que las sanciones *"deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 49. Además, no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes"*.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Indicaciones de la señora Cubillos y señores Bauer, Chahuán, García-Huidobro y Sepúlveda, en Historia de la Ley, p. 274.

¹⁵⁹ Indicación de los senadores Allamand y Longueira, en Historia de la Ley, p. 1457

7. **Criterios de razonabilidad**

Finalmente, cabe tener presente que en el Mensaje de la Ley 20.600, que estableció una jurisdicción ambiental especializada, se indicó que:

"Los jueces deben establecer si el acto de la Administración ha sido razonable, para lo cual deberá verificar que:

- 1. **No ha sido dictado de manera arbitraria o caprichosa;***
- 2. **No ha sido dictado en abuso de su potestad discrecional;***
- 3. **No ha violentado ningún derecho o garantía constitucional;***
- 4. **No ha actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas;***
- 5. **No ha actuado con desviación o fin de poder;** y*
- 6. **Los supuestos de hecho sobre los cuales descansa la decisión se encuentren debidamente acreditados en el procedimiento administrativo".**¹⁶⁰*

De esta forma, como puede apreciarse, será en definitiva el Tribunal Ambiental (en adelante, indistintamente, el "TA"), quien deberá ponderar si la actuación de la autoridad administrativa fiscalizadora, como es la SMA, se ha ajustado o no al principio de proporcionalidad, revisando así que la sanción aplicada no sea arbitraria o abusiva, infringiendo de paso derechos fundamentales que tutela y resguarda el ordenamiento jurídico constitucional.

¹⁶⁰ Mensaje de la Ley 20.60, en Historia de la Ley, p. 14

CAPITULO SEXTO

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD AL CASO CONCRETO

Se analizarán en este capítulo las reglas del principio de proporcionalidad y la razonabilidad o exceso de la aplicación de la sanción de suspensión de actividades, habida consideración de los antecedentes de hecho que constan en los procesos judiciales y administrativos.

1. **Fundamentación de actos ambientales**

Como se ha señalado en los capítulos anteriores, la motivación y fundamentación de los actos administrativos se vincula estrechamente con la necesidad de que, tratándose de sanciones ambientales, éstas sean aplicadas por los órganos de la administración autorizados legalmente en estricta sujeción al principio de proporcionalidad.

En efecto, tal como lo ha señalado el Tribunal Ambiental (TA 2°), *"de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 19.300, la Administración tiene la **obligación de fundamentar** correctamente los actos que emanan de ella y, tal como lo dispone el artículo 14 ter de la misma ley, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental se debe iniciar con una verificación rigurosa del tipo de proyecto y la vía de evaluación que debe seguir, con el objeto de **que no existan errores administrativos** en el proceso de admisión a trámite de un proyecto. Esto significa que el SEA y la Comisión respectiva, no sólo debe realizar una verificación formalista, un simple chequeo, de los proyectos sometidos a su evaluación, sino analizar con rigurosidad, en función tanto de los principios de eficiencia y eficacia que deben regir el actuar de la Administración, con el fin de otorgar certeza y seguridad jurídica en los asuntos entregados a su resolución".*¹⁶¹

El mismo Tribunal ha sentenciado que *"la **motivación suficiente del acto administrativo** ilustra sobre los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican y, en el caso del ejercicio de las potestades discrecionales, las **circunstancias que aconsejan la opción por una solución concreta de entre las legalmente posibles**". Así, **"la obligación de motivar las resoluciones -sobre todo de aquellas que imponen sanciones como una manifestación del poder punitivo***

¹⁶¹ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Rol R 02/2013, 1 de octubre de 2013

del Estado- es una exigencia que nace, en principio, como una forma de convencer a las partes sobre la justicia de la decisión, enseñarles el alcance de su contenido, facilitarles los recursos y otorgar un control más cómodo al tribunal que deba conocer de los eventuales recursos que puedan deducirse". En suma, **"la falta de motivación en la determinación de la sanción específica deviene en que la actuación del Superintendente sea arbitraria, al no contener los razonamientos suficientes que expliquen la ponderación de la conducta anterior del infractor en la determinación de la sanción"**.¹⁶²

De este modo, el acto administrativo de la SMA deberá señalar con precisión cuáles son las razones idóneas para llevar a cabo medidas tan lesivas de los derechos fundamentales de la empresa, como son el libre ejercicio de la actividad económica lícita y el derecho de propiedad, pudiendo considerarse, en caso de probarse fehacientemente la existencia de infracciones, otras de menos afectación que también cumplan con la finalidad perseguida. En tal sentido, debe recordarse que el acto final sancionatorio del SMA debe materializarse en una "resolución fundada", tal como lo señala el artículo 54 de la LOSMA.

2. Reclamo por sanción de la SMA

Los TA tiene competencia para conocer de las reclamaciones dirigidas en contra de las resoluciones de la SMA. De conformidad a lo establecido en el artículo 56 de la LOSMA, *"los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental. Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables y aquéllas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta"*.

A su vez, al tenor de lo previsto en el artículo 57 de la LOSMA, cuando la SMA aplique las sanciones de clausura temporal o definitiva y la de revocación de la RCA, éstas deberán ser siempre elevadas en consulta al TA.

¹⁶²

SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Rol C 6/2013, 3 de marzo de 2014

De esta forma, respecto de las medidas de gravamen citadas es posible impugnar la decisión ante los tribunales ambientales, existiendo precedentes en esta materia.¹⁶³

Cabe en tal sentido citar una decisión del Tribunal Ambiental sobre la materia, quien hizo presente en su resolución que *"tampoco comparte la sanción consultada, ya que al decretar la clausura definitiva del centro de engorda por -supuestamente- carecer éste de una RCA aprobada, le concede la naturaleza de sanción a una actuación propia del proceso de regularización de emplazamiento, regularización a la que ya se había comprometido el infractor en su escrito de allanamiento"*.

Agregando *"que resulta del todo superfluo imponer como sanción la clausura del mencionado centro de engorda, si se considera que la Superintendencia conocía con antelación que el infractor se trasladaría por cerca de 800 metros hasta su emplazamiento originalmente autorizado, y que para ello, necesitaba previamente cerrar el centro - que a esa época se encontraba en descanso- y abandonar el lugar donde estaba emplazado en contravención con la localización autorizada en la RCA del año 2005 y sus respectivas modificaciones"*.¹⁶⁴

De este modo, a pesar de la inexistencia de una RCA, el Tribunal Ambiental deja sin efecto una sanción de clausura, estimándola desproporcionada y lesiva, no justificándose por tanto de acuerdo a los antecedentes fácticos tenidos a la vista.

3. Proporcionalidad de la sanción ambiental

El Tribunal Ambiental ha reiterado en diversas sentencias, que la autoridad administrativa ambiental debe siempre ponderar adecuadamente los efectos de la medida que se adopta.¹⁶⁵

¹⁶³ RODRIGO SILVA MONTES, *Manual de Tribunales Ambientales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2013, 116 p.

¹⁶⁴ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Rol C 2/2013, 29 de julio de 2013

¹⁶⁵ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Rol R 5/2013, 16 de agosto de 2013. En el mismo sentido, se ha señalado respecto de la necesidad de fundamentar la resolución y efectuar una adecuada ponderación (Rol R 13/2013, 17 de enero de 2014).

Así, por ejemplo, en un caso en que se acreditó que se iniciaron y ejecutaron obras sin contar con la RCA y en el que la Superintendencia del Medio Ambiente aplicó la sanción de clausura temporal¹⁶⁶, el Tribunal "*considera que se han tenido en cuenta las **circunstancias relevantes** al caso en concreto y se han llevado a cabo en relación a ellas una correcta aplicación de los **principios de proporcionalidad y razonabilidad**. Sin perjuicio de lo anterior, cabe dejar constancia que, para la debida fundamentación de la sanción, es imprescindible dar razón expresa a todas las circunstancias indicadas en el artículo 40 de la norma legal citada, lo que no consta en la Resolución Ex. N° 591 de 2013*".¹⁶⁷

De esta forma, la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción impuesta deberá analizarse a la luz de los criterios que se han citado en los capítulos anteriores, esto es, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

a) **Regla de idoneidad**

Tal como se ha señalado, de acuerdo a este subprincipio debe identificarse la regla sometido a control, para luego determinar el o los fines perseguidos por la misma y evaluarse así su idoneidad teleológica y técnica.

Ciertamente, una medida tan gravosa -si se acreditara la concurrencia de una infracción- como la eventual clausura o suspensión del funcionamiento de las instalaciones, afectaría severamente los derechos de que es titular la empresa encargada del proyecto, en cuanto a emprender actividades económicas, en los términos que garantiza y resguarda el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, por cierto con pleno respeto a las normas legales vigentes, entre ellas, las de carácter ambiental. Adicionalmente, se vería también alterado el derecho de propiedad, resguardado en el artículo 19 N° 24 constitucional, cuya regulación está entregada a la ley y, entre cuyas limitaciones respecto de la función social se encuentra la protección del patrimonio ambiental.

¹⁶⁶ Procedimiento D 002/2013, Resolución N° 591/2013.

¹⁶⁷ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Rol C 01/2013, 29 de julio de 2013

La eventual aplicación de una medida tan gravosa tendría por finalidad el estricto cumplimiento de la RCA 206/2007. Sin embargo, de acuerdo a lo que ha sostenido la titular del proyecto, en ningún momento se ha incumplido las exigencias impuestas en la resolución de calificación ambiental.

b) **Regla de necesidad**

En este caso, corresponde identificar los medios alternativos para cumplir con el fin perseguido por la medida.

Como se ha señalado en los procesos, particularmente en el administrativo, se han propuesto medios alternativos.

La eventual suspensión o paralización de actividades de Bocamina ciertamente no es una medida idónea para dar cumplimiento al objetivo propuesto en cuanto a la sujeción a la RCA. La propia empresa ha propuesto diversas alternativas que son posibles desde el punto de vista técnico.

Deberá, por tanto, ponderarse y analizarse cuál es la medida que implica una menor afectación de los derechos fundamentales, de modo que también sea eficiente, siempre y cuando se acrediten hechos ilícitos.

c) **Regla de proporcionalidad estricta**

Como se sabe, esta regla supone una comparación de las ventajas de la decisión, excluyendo aquellas medidas que presentan mayores perjuicios.

Se trata de ponderar entre el bien público y la medida propuesta, de forma tal de analizar si el fin público que se persigue justifica adecuadamente o compensa el sacrificio del interés privado afectado.

En esta materia resulta esencial el análisis que se efectúe de las características que presenta la conducta y su autor, a la luz de las particularidades del caso concreto, en atención a los hechos infraccionales (importancia del daño y efectos), factores de orden económico, a la vez que tener en consideración la buena fe del titular del proyecto, el grado de colaboración y su conducta tendiente en todo momento a dar solución al problema presentado.

Igualmente, no puede desconocerse la no afectación de aquellos bienes jurídicos que protege la legislación ambiental, como son aquellos referidos a la salud de la población y no afectación ambiental.

4. **Ejecuciones de modificaciones de proyecto sin RCA**

Sabido es que la RCA es un "*acto administrativo de autorización, favorable, que el titular del proyecto consolida una situación jurídica determinada, naciendo derechos y obligaciones*".¹⁶⁸

La Superintendencia del Medio Ambiente, en diversos procesos sancionatorios ha indicado que la ejecución de una modificación de proyecto para la que la Ley 19.300 exige una RCA, sin contar con ello, constituye una infracción a letra b) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, que se clasifica como grave, estableciendo como sanción una multa, lo que ha ocurrido -por ejemplo- en tres casos.¹⁶⁹

A su vez, el Tribunal Ambiental (TTA 2º) ha sentenciado:

*“Que en opinión de este Tribunal, el sólo hecho de que las mencionadas **obras o actividades no hayan ingresado al SEIA, no es sí mismo un motivo suficiente para autorizar el tipo de medidas provisionales** como las solicitadas por el Superintendente, ya que siempre se requerirá **acompañar los antecedentes suficientes e idóneos para evaluar si existe o no un riesgo de daño inminente al medio ambiente o la salud** de la población, según lo establecido en el inciso primero del artículo 48 de la LOSMA. (...)*

Que, en cuanto al “Depósito de Seguridad”, si bien se han detectado sustancias peligrosas en el lugar y la existencia de un campamento de contratistas en su cercanía, no se adjuntan antecedentes suficientes e idóneos para evaluar si existe un riesgo de daño inminente al medio ambiente o a la salud humana que pudiera derivarse de la presencia de estas sustancias y una

¹⁶⁸ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Rol R 4/2013, 9 de agosto de 2013

¹⁶⁹ En tal sentido, Resolución 826/2013, de 14 de agosto de 2013. En el mismo sentido, en los procedimientos N° 40/2013, de 29 de enero de 2014 y 65/2013, de 7 de febrero de 2014.

eventual exposición humana producto de los fuertes vientos constatados en el lugar.

*Que incluso, suponiendo que los fuertes vientos fueran efectivamente la ruta de exposición generándose un riesgo inminente de daño a la salud de las personas, este Tribunal considera que la **clausura temporal solicitada no es una medida idónea ni efectiva para precaver un inminente daño**, pues no evitarían que dichas sustancias peligrosas fuesen levantadas por el viento poniendo en peligro la salud de la población, objetivo que no guarda relación con la medida solicitada por la Superintendencia".¹⁷⁰*

De esta manera, la inexistencia de un estudio de impacto ambiental no es un elemento por sí mismo suficiente para imponer desde ya una sanción, si es que no existen antecedentes serios y razonables en cuanto a la afectación del medio ambiente o a la salud, al tenor de la normativa legal vigente.

5. **Ponderación de las situaciones fácticas**

En relación a los diversos cargos efectuados, lo cierto es que existen razones para argumentar la inconveniencia de medidas tan gravosas, tomando en consideración los antecedentes acompañados en los diversos procesos, tanto administrativos como judiciales, a la vez que efectos de las mismas, según lo ha resaltado la propia empresa.

a) **Optimización sin contar con RCA**

Como consecuencia de la dictación de la sentencia de Corte Suprema, se ha ingresado vía EIA las modificaciones del proyecto, las que en su momento, de buena fe, se realizaron a través de una DIA, habiéndose así autorizado por la autoridad administrativa ambiental pertinente.

Cabe sí señalar que, de acuerdo a los antecedentes que operan tanto en los expedientes administrativo sancionador como judiciales, en ninguna oportunidad se ha operado en condiciones diferentes a las aprobadas en la RCA, esto es, 350 MW y 45.000m³/h.

¹⁷⁰ SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL, Rol S6/2013

De igual forma, tampoco se han generado impactos diferentes de aquellos previstos en la propia RCA, lo que debe tenerse en consideración al momento de analizar y calificar los hechos.

Por lo demás, la propia compañía ha manifestado su voluntad de implementar medidas adicionales y que permitan confirmar la circunstancia de que se mantendrán las condiciones de aprobación de la aludida RCA, en tanto no se apruebe una nueva.

b) **Control de ingreso de biomasa**

En esta materia, la empresa ha ejecutado diversas pruebas, las que han sido aprobadas -a su vez- por la Comisión de Evaluación, en septiembre de 2013, otorgando un plazo de un año para su adecuada evaluación en cuanto a su eficiencia.

Adicionalmente, se reforzaron la vigilancia y mantención periódica de las medidas.

c) **Construcción de desulfurizador**

Se encuentra en desarrollo y ejecución, proceso que deberá concluir en enero de 2015.

De igual forma, se han implementado medidas operacionales para asegurar las tasas de emisión de SO₂ comprometidas.

d) **Emisiones de ruido**

En tal sentido, se han realizado acciones de cumplimiento, al tenor de la normativa jurídica vigente y un informe acerca de su estado fue entregado a principios de año.

Al mismo tiempo, se dieron por superadas las falencias que presentaba el muro perimetral, siendo ello debidamente acreditado en los descargos presentados.

En tal sentido, en el expediente administrativo se han acompañado diversos documentos, instrumentos, estudios e informes que avalan lo afirmado por la empresa.

6. Inexistencia de efectos dañosos

De acuerdo a los antecedentes acompañados, tanto en el procedimiento administrativo sancionador como en los recursos de protección, se han aportado suficientes informes y estudios para acreditar la inexistencia de daños ni peligros a la vida, salud y medio ambiente, que pudieren fundamentar una medida tan gravosa como la suspensión, pudiendo en el intertanto ejecutarse las acciones ordenadas y obtener la calificación favorable del proyecto.

En ningún momento se ha podido acreditar fehacientemente, de acuerdo a los parámetros que exige un procedimiento sancionador, que las medidas produzcan los efectos que supuestamente se atribuyen.

En efecto, debe tenerse presente que, como lo ha señalado la empresa titular del proyecto de optimización, *"la empresa se ha ajustado en la operación de la Segunda Unidad de la Central Termoeléctrica Bocamina a las exigencias contenidas en la RCA N° 206/2007, en lo que respecta a las características esenciales del proyecto aprobado ("Ampliación"); que los ajustes u optimizaciones del diseño incorporadas -respecto de las cuales Endesa ha efectuado intentos para obtener su autorización- tenían por objeto mejorar el funcionamiento ambiental y de seguridad de suministro y de instalaciones de la Central, y que, en todo caso, tales ajustes **no han generado impactos ambientales distintos a los evaluados ni riesgo para la vida y salud de la población o para el medio ambiente"**.*¹⁷¹

En tal sentido se señala, por ejemplo, que respecto de la calidad del aire, no se han sobrepasado los niveles máximos permitidos¹⁷², de modo que no se presenta riesgo para la salud o el medio ambiente. Por ello, se afirma que *"no existe ni en la sentencia judicial, ni en la formulación de cargos, la identificación de un efecto, característica o circunstancia que sea consecuencia directa de la ejecución no autorizada de los ajustes o modificaciones incorporados a la Unidad 2 y que haya sido verificado, constatado o comprobado durante las actividades de fiscalización"*.¹⁷³

¹⁷¹ Escritos de descargos, 26 de diciembre de 2013, p. 36

¹⁷² Se acompaña Informe sobre calidad del aire, de diciembre de 2013

7. **Falta de proporcionalidad de la medida de suspensión**

Así las cosas, es posible concluir que, al tenor de los antecedentes de hecho y de derecho acompañados, especialmente a los documentos y diversos informes adjuntados en los procesos judiciales y sancionatorios:

a) **No se dan los supuestos que harían procedente una medida tan gravosa** como es la suspensión de actividades o la clausura del establecimiento;

b) Se ha acreditado que **tampoco existe riesgo de daño inminente al medio ambiente, a la vida o a la salud de la población;**

c) La eventual medida de suspensión **no resulta por tanto oportuna y necesaria**, a la vez que tampoco es idónea para impedir la producción de riesgo y daño, así también lo ha señalado en casos similares la SMA y el propio Tribunal Ambiental; y

d) A todo lo anterior, debe agregarse que **se ha cumplido con la normativa ambiental aplicable** durante la operación del proyecto por un año antes de la dictación de la ONI por parte de la Corte de Apelaciones de Concepción.

¹⁷³ Escritos de descargos, 26 de diciembre de 2013, p. 52

CAPITULO SEPTIMO

CONCLUSIONES

De lo señalado, es posible concluir lo siguiente:

1. Endesa Chile S.A. es titular de una **Resolución de Calificación Ambiental**, respecto de un proyecto denominado "Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", contenida en la Resolución Exenta N° 206, de 2 de agosto de 2007, dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Biobío. Dicha resolución fue aclarada por tres actos administrativos, por resoluciones N° 209, de 21 de agosto de 2007; 285, de 8 de octubre de 2007, y 66, de 12 de marzo de 2009.
2. El titular del proyecto **ingresó al sistema de evaluación ambiental**, con fecha 25 de noviembre de 2011, el proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", mediante una Declaración de Impacto Ambiental, lo que fue modificado como consecuencia de una sentencia de la Corte Suprema (Rol 3141/2012), que ordenó su reingreso a través de un Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, lo que se materializó con fecha 18 de diciembre de 2013.
3. Existen sendos **recursos de protección** presentados contra la empresa, en los que se reprocha que el aludido proyecto de optimización operaría sin autorización ambiental, habiéndose en uno de ellos decretado una **orden de no innovar** en relación al proyecto de optimización y, en especial, respecto del turbogenerador de 370 MW instalado, la chimenea de la central y el sistema de refrigeración de la planta. Cabe tener presente que, por la naturaleza de las mismas, se trata de **acciones cautelares** y que **no deben sustituir los demás remedios que establece el ordenamiento jurídico**.
4. A su vez, en el **procedimiento administrativo** de que conoce actualmente la Superintendencia del Medio Ambiente se formularon **cargos y reformularon** los mismos, habiéndose dejado sin efecto la medida de clausura del Proyecto Central Termoeléctrica Bocamina Primera Unidad y, en su reemplazo, se dispuso de **medidas provisionales**.

5. Cabe tener presente que, en otra acción de protección, la Corte Suprema ordenó **realizar las operaciones de la planta** de generación termoeléctrica Bocamina I y II sólo si su **funcionamiento no importa en la succión de las aguas amenazas ni daño** a especies y recursos hidrobiológicos y cumple, estrictamente, con la correspondiente RCA, debiendo en consecuencia la **autoridad ambiental fiscalizar** ese funcionamiento de manera periódica para sí evitar el ingreso de biota en la bocatoma de agua de mar y, en caso contrario, adoptar todas las medidas que las circunstancias determinen, entre ellas la paralización del funcionamiento de la central hasta que se subsane su incorrecta operación.

6. Uno de los principios esenciales del Estado de Derecho es que las **sentencias judiciales** sean debidamente **fundadas**, lo que también resulta aplicable a los actos administrativos, todo lo cual ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, a la vez que en dictámenes de la Contraloría General de la República.

7. Vinculado con lo anterior, debe resaltarse la **prohibición constitucional de efectuar cualquier tipo de discriminación arbitraria**, esto es, aquella que carezca de razonabilidad y conveniencia, a lo que se agrega la circunstancia que el tribunal ha analizado la proporcionalidad de la medida.

8. De acuerdo al **principio de proporcionalidad de la sanción**, ella debe ser adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción, para la cual debe considerarse la gravedad de la misma, el beneficio, el daño causado, la situación del infractor, la intencionalidad y la conducta del mismo.

9. Como ha señalado la doctrina especializada, se trata de un principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la **finalidad perseguida, necesaria o imprescindible** al no haber otra medida menos restrictiva de la **esfera de libertad de los ciudadanos** (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre los posibles -ley del mínimo intervencionismo-) y **proporcional en sentido estricto**, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés

general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades”.

10. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha estimado **desproporcionada la sanción** que establece la legislación de tránsito, en cuya virtud a las dos penas de multa por infracción grave se adiciona inmediatamente la **suspensión de la licencia de conducir**. Igualmente, se estimó abusiva el interés penal moratorio correspondiente al 1,5% mensual y que establece el Código Tributario.

11. La Corte Suprema también en diversas sentencias ha exigido que las sanciones sean debidamente **proporcionales**, dejando sin efecto suspensiones de empleo, destitución, orden de demolición, multas eléctricas excesivas, entre otras.

12. Igualmente, a Contraloría General de la República ha insistido que las medidas, por ejemplo las disciplinarias, guarden correspondencia y **proporcionalidad** con el número y gravedad de las infracciones cometidas.

13. De esta manera, como se ha resaltado, la potestad sancionador ambiental, si bien fue delineada como un poder fuerte, que efectivamente cumpla un rol de prevención general, se encuentra dotada de **límites administrativos**, que son manifestación de una **garantía y equilibrio de los derechos de los particulares**.

14. En tal sentido, la propia **normativa ambiental** indica una serie de circunstancias que marcan el **límite a la supuesta discrecionalidad del órgano fiscalizador**, para lo cual se alude a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la intencionalidad en la comisión de la misma y el grado de participación en los hechos.

15. La **Corte Suprema** ha exigido que se presenten **evidencias** en cuanto a generar las consecuencias invocadas por los recurrentes, que no han sido explicitados razonablemente, a lo que deba agregarse que en materia ambiental no se puede prescindir de ciertos **estándares de proporcionalidad**.

16. En el ámbito ambiental, las infracciones proceden por diversas **causales**, entre otras, por el incumplimiento de RCA's, ejecución de actividades sin RCA's, infracciones de planes, comisión de irregularidades por parte de organismos certificados, trasgresión de instrucciones y normas SMA, infracción de órdenes de suspensión o medidas transitorias, RILES, normas de emisión, planes de recuperación o conservación de especies, requerimientos de información, planes de manejo, medidas provisionales ordenadas en procedimientos sancionatorios, información fuentes emisoras, así como en forma residual de toda norma ambiental que no tenga sanción establecida en forma específica.

17. De acuerdo a lo señalado en artículo 39 de la LOSMA, las infracciones pueden ser **leves, graves o gravísimas**. A su turno, el artículo 40 de la misma legislación ambiental establece **parámetros específicos** y que se vinculan a las consecuencias de los hechos (daño o peligro causado y número de personas afectadas), factores de orden económico (beneficio obtenido y capacidad del infractor), conducta del infractor (intencionalidad, grado de participación o la conducta anterior) y, en general, cualquier otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

18. Cabe tener presente que de los **70 procesos sancionatorios** efectuados por la Superintendencia el año pasado, en 3 hubo sentencias favorables, en otros 3 se impuso la sanción de amonestación, en 24 se aprobaron programas de cumplimiento y en otros 24 se aplicó **multas** de diversos montos. Debe igualmente, resaltarse que el **Tribunal Ambiental** (2º) ha **dejado sin efecto órdenes de clausura, estimándolas desproporcionadas y lesivas**.

19. Del mismo modo, debe resaltarse que la **Superintendencia**, en diversos **procesos sancionatorios**, ha indicado que la ejecución de una **modificación de un proyecto sin contar con una RCA**, si bien puede eventualmente constituir una sanción grave, **la hace merecedora de la imposición de multas**. Igualmente, el Tribunal Ambiental ha enfatizado que **el sólo hecho de que ciertas obras o actividades no hayan ingresado al sistema de evaluación ambiental no es motivo suficiente para aplicar sanciones**, habida consideración que siempre se deberá acompañar antecedentes

suficientes e idóneos para evaluar si existe o no un riesgo de daño inminente al medio ambiente o a la salud de la población.

20. En relación a los diversos cargos que se han efectuado a la empresa, existen razones suficientes para señalar la **inconveniencia de medidas excesivamente gravosas**, teniendo presente la actuación de buena fe de la compañía, quien había ingresado un estudio ambiental, a lo que se agrega la circunstancia que no se han sobrepasado las condiciones aprobadas en la RCA, como tampoco impactos diferentes de los previstos, a lo que puede añadirse la voluntad manifestada de implementar medidas adicionales que permitan confirmar la mantención de los estándares.

21. En suma, es posible concluir que: a) **no se dan los supuestos que harían procedente una medida tan gravosa como es la suspensión** de actividades; b) se ha acreditado que **tampoco existe riesgo de daño inminente al medio ambiente, a la vida o a la salud** de la población; c) la eventual **medida de suspensión no resulta por tanto oportuna y necesaria, a la vez que tampoco es idónea** para impedir la producción de riesgo y daño, así también lo ha señalado en casos similares la SMA y el propio Tribunal Ambiental; d) a todo lo anterior debe agregarse que **se ha cumplido con la normativa ambiental** aplicable durante la operación del proyecto por un año antes de la dictación de la ONI por parte de la Corte de Apelaciones de Concepción.

Es cuanto puedo informar,



ENRIQUE NAVARRO BELTRAN
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Chile
Universidad Finis Terrae

Santiago, abril de 2014

INFORME EN DERECHO

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS

Profesor de Derecho Procesal

Universidad de Chile

Santiago, abril de 2014

Señor
Ignacio Quiñones S.
Fiscal Endesa
Presente

Distinguido señor Fiscal:

Ha tenido Ud., la gentileza de solicitarme un Informe en Derecho, referido a la situación producida con la Orden de No Innovar decretada en el recurso de protección rol N° 18.988-2013, de la I. Corte de Apelaciones de Concepción, con arreglo a la cual, se ha suspendido la marcha de la Centra Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad y al proceso sancionatorio administrativo que por los mismos hechos se substancia.

1.- ANTECEDENTES.

Según los antecedentes tenidos a la vista, efectivamente se encuentra en actual tramitación, ante la Illtma. Corte de Apelaciones de Concepción, el recurso de protección rol N° 18.988-2013, interpuesto por don Sebastián Inostroza Díaz, en representación de 6 sindicatos de pescadores artesanales y en el que se indica como acto arbitrario o ilegal, la circunstancia de encontrarse operando el proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Expone el recurrente que tomó conocimiento del hecho en que basa su acción, con ocasión de la reformulación de cargos contenida en el Oficio Ord. U.I.P.S. N° 976, de 26 de noviembre de 2013 y que la Superintendencia del Medio Ambiente efectuara a Endesa.

Señala el recurso de protección que *“con fecha 26 de noviembre de 2013, a través de la formulación de cargos efectuada por la SMA, hemos tomado conocimiento que el proyecto “Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad” opera actualmente, en los hechos, sin contar con la autorización ambiental respectivamente y en expresa contravención a lo ordenado por la Excelentísima Corte Suprema.”*

Así, el fundamento del mismo, no es otro que la convicción del recurrente de la existencia de una operación sin la correspondiente autorización ambiental.

En su parte petitoria, el recurrente solicita *“acoger el recurso... ordenando la paralización del proyecto..., mientras no se otorgue las debidas garantías ambientales mediante la evaluación de impacto ambiental del proyecto a través de un EIA como lo ordenó la E. Corte Suprema.”*

Con fecha 16 de diciembre de 2013, dando lugar a lo solicitado, por los interesados, la Corte de Apelaciones de Concepción concedió una Orden de No Innovar, conforme a la cual se decretó la suspensión de la operación de las obras del proyecto *“Optimización Central Termoeléctrica Bocamina 2 Unidad”* y, particularmente, la instalación y puesta en marcha de un generador de 370 MW, la construcción e instalación de la chimenea de la Central Bocamina II y el funcionamiento del sistema de refrigeración de la planta, especialmente en lo que se refiere a aducción de agua desde el mar.

Como fundamento de la Orden de No Innovar solicitada, se afirma que el referido proyecto no cuenta con una RCA y que, sin embargo, se encuentra actualmente en funcionamiento, lo que implica una clara contravención a lo resuelto por la Corte Suprema con fecha 04 de julio de 2012.

No obstante, a los efectos del presente informe, resulta necesario anotar, como antecedente de contexto, que

la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad se encuentra autorizada por la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante "RCA") N° 206-2007 para operar, produciendo 350 MW.

2.- LA INVOCADA RESOLUCION DE LA CORTE SUPREMA.

Atendida la necesidad de mejorar el proceso productivo de dicha Central, el 25 de noviembre de 2011, ENDESA solicitó la modificación de la referida RCA 206/2007, presentando al efecto, una Declaración de Impacto Ambiental. Aprobado el examen de admisibilidad de dicha Declaración, la Confederación Nacional de Pescadores Artesanales de Chile, interpuso, ante la Corte de Apelaciones de Concepción, un recurso de protección, el que fue rechazado en primera instancia pero acogido en segunda, por la Corte Suprema.

En un fallo con facetas discutibles pero con otras, francamente equivocadas, la Corte Suprema estimó que sólo a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) resultaba *"posible establecer si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán el mejoramiento ambiental y no un peligro o daño para el entorno en que se ubica"*, por lo que dispuso, en la parte resolutive de la sentencia que dictó, lo siguiente:

*"Se ordena que el titular del proyecto '**Ampliación Central Bocamina (Segunda Unidad)**' presente un Estudio de Impacto Ambiental a la Comisión de Evaluación de la Región del Biobío."*

Sostuvo la Corte que *"..., es un hecho no discutido que la modificación sometida al procedimiento de evaluación de impacto ambiental contempla un conjunto de obras y actividades que tienen efecto en la disposición general de los equipos de la Segunda Unidad, de acuerdo a lo prevenido en la primera consideración, según dan cuenta los antecedentes, todos los cuales inciden de manera importante y determinada en la segunda termoeléctrica a instalar. **No sólo eso: esos mismos antecedentes**"*

informan que las modificaciones apuntan a mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad. Que así las cosas, la calificación de impacto ambiental de la que trata el artículo 11 ter del cuerpo legal anteriormente invocado para los casos de modificación de un proyecto, **sólo se satisface por medio de un Estudio de Impacto Ambiental y no de una mera Declaración, al contrario de lo que se pretende,** pues sólo de ese modo es posible establecer si las modificaciones introducidas a la planta generadora importarán el mejoramiento ambiental y no un peligro o daño para el entorno en que se ubica.

La necesidad del Estudio de Impacto Ambiental en este caso resulta abonada por los principios que inspiran y sobre los cuales se desarrolla la regulación ambiental en nuestro ordenamiento, en particular los principios de prevención y de responsabilidad, que sólo se cumplen si los evaluadores aplican desde un inicio sus especiales conocimientos sobre la materia, cuestión que sólo resulta posible con un Estudio de Impacto Ambiental, al igual como se hizo al momento de someter a ese procedimiento los proyectos originales, y no con una mera Declaración de parte interesada como ahora se pretende, que a todas luces es insuficiente..."

El error del fallo es patente: no obstante citar el artículo 11 ter, no lo aplica cabalmente, como debió, puesto que si así hubiere procedido, la Corte Suprema habría debido dejar en claro que lo único que debe evaluarse, es la modificación al Proyecto, tras lo cual, el rigor y la objetividad hermenéutica, obligaban a recurrir al artículo 11 y establecer, a la luz de sus términos, si correspondía o no, someter la modificación a un Estudio de Impacto Ambiental o bastaba una Declaración de Impacto Ambiental, conclusión a la que debió arribar teniendo presente que, con arreglo al artículo 2 letra h) bis, de la Ley 19.300, existe lo que se denomina "efecto sinérgico" y que la norma define como "aquél que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes, supone una incidencia ambiental mayor, que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente" y que el propio artículo 11 ter – nombrado pero no analizado – además de ordenar circunscribir el

análisis, solamente a la modificación, como anticipé, agrega que, aunque la calificación no alcance al proyecto existente, ella *"considerará la suma de los impactos provocados por la modificación y el proyecto o actividad existentes, para todos los fines legales pertinentes."*

En consecuencia, no es efectivo que, en el sistema legal nacional, el Estudio de Impacto Ambiental se exija como consecuencia de aplicación de determinados principios – lo que constituye una invitación a la arbitrariedad, porque el resultado de la aplicación de "Principios" constituye una incógnita, cuya entidad depende de factores ideológicos, culturales, religiosos, etc. – sino que lo real es que este Estudio solamente procederá, si así resulta de la aplicación de las normas legales que he reseñado, lo que importa precisar, entonces, que aunque el Proyecto primitivo de que se trata, haya sido evaluado ambientalmente mediante un Estudio de Impacto Ambiental, su modificación puede aprobarse mediante una Declaración de Impacto Ambiental, cuando las disposiciones legales lo autoricen.

Como sea, lo cierto es que el Máximo Tribunal del país – tras dejar constancia que **los antecedentes acompañados, informan que las modificaciones apuntan a mejorar su funcionamiento (del Proyecto) en términos ambientales y de seguridad** – decidió que para modificar la Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad, en la forma pretendida por la Declaración de Impacto Ambiental presentada con fecha 25 de noviembre de 2011, resultaba necesario elaborar y someter a consideración, un Estudio de Impacto Ambiental.

De todos modos, es llamativa la resolución concreta de la Corte, en la que junto con revocar la sentencia de primer grado, declara que *"... se ordena que el titular del proyecto 'Ampliación Central Bocamina (Segunda Unidad)' presente un Estudio de Impacto Ambiental a la Comisión de Evaluación de la Región del Bio Bio..."* lo que pareciera imponer una obligación de hacer, incondicionada y de inmediata exigibilidad !

Es pues efectivo, que la resolución de la Corte Suprema contiene una única declaración cuyo sentido, es igualmente, acotado: se ordena presentar “un Estudio de Impacto Ambiental a la Comisión de Evaluación de la Región del Biobío”. **Nada menos, pero tampoco, nada mas**, por lo que no hay modo alguno, de entender que el fallo del Alto Tribunal impidió a la Central Termoeléctrica Bocamina II operar, en tanto no se obtuviese una nueva Resolución de Calificación Ambiental.

Es que ¿qué tal si Endesa hubiere resuelto no perseverar en la modificación del proyecto...? ¿También como resultado de la orden, tan infelizmente contundente de la Corte, se le habría obligado a presentar el Estudio? El absurdo de la hipótesis planteada es indiciario de la situación producida, que puede resumirse en estos términos: para continuar operando como lo venía haciendo, Bocamina no requiere Estudio de Impacto Ambiental alguno...

Y si así ha acontecido, entonces corresponde establecer, como primera conclusión, que el recurso de protección – en el que se dio lugar a la Orden de No Innovar – se funda en un supuesto de hecho equivocado, toda vez que no ha existido contravención a lo resuelto – y dispuesto – por la Corte Suprema.

En efecto, aun cuando el recurrente afirma que ha existido una contravención a lo ordenado por el Tribunal Supremo, consistente en que existe una operación sin la correspondiente autorización ambiental, lo cierto es que la Corte sólo se limitó a ordenar que se presentase un Estudio de Impacto Ambiental, por lo que si dicho Estudio de Impacto Ambiental no se ha presentado y Central Bocamina II continua operando, no cabe ponderar tal funcionamiento desde la perspectiva de la decisión de la Corte Suprema, sino desde la que impone el acatamiento de lo autorizado por la Resolución de Calificación Ambiental número 206-2007.

Para decirlo con toda claridad: **LA CORTE SUPREMA NO HA PROHIBIDO OPERAR a la Central...** ni ha dejado sin efecto la RCA que amparaba tal funcionamiento!

En mérito de lo expuesto, no queda sino concluir que el recurso de protección en actual tramitación debe ser rechazado en todas sus partes, atendido que el mismo se funda en un hecho inexistente: **no existe una resolución de la Corte Suprema que prohíba operar a la Central Bocamina II.**

3.- LA REFORMULACIÓN DE CARGOS.

En una segunda aproximación, corresponde revisar en qué forma y con qué fundamentos, la Superintendencia del Medio Ambiente estableció que la Central Bocamina II opera sin resolución de calificación ambiental.

Para ello anotamos, en primer lugar, que con fecha 29 de agosto de 2013, a través del Oficio Ord. U.I.P.S. N° 603, la Superintendencia del Medio Ambiente formuló a ENDESA seis cargos en relación al incumplimiento de la RCA 206-2007, y un cargo por no responder a un requerimiento de información.

Días más tarde, el 16 de septiembre de ese año, estando pendiente la presentación de sus descargos por parte de ENDESA, don Hernán Antonio Pinochet De La Paz, presentó una denuncia referida a un supuesto incumplimiento ambiental en relación al proyecto "Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad". En su denuncia, bajo el epígrafe "II.2 Eventual desacato a fallo de la Corte Suprema", el sr. Pinochet señaló:

"Hasta la fecha de la presente denuncia, Endesa no ha presentado un Estudio de Impacto Ambiental para aprobar el proyecto denominado "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", como se lo ordenó la Excma. Corte Suprema por sentencia de fecha 15 de junio de 2012. Por lo mismo, Endesa tampoco cuenta con autorización ambiental para implementar ninguna de las

modificaciones al proyecto original denominado 'Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina (Segunda Unidad)', como aparentemente lo habría efectuado." (subrayado nuestro)

Como es evidente, el Sr. Pinochet De La Paz vincula la falta de presentación del Estudio de Impacto Ambiental a la ausencia de una autorización ambiental, incurriendo en un grave error de hecho, por cuanto ENDESA es titular de la Resolución de Calificación Ambiental N° 206, de 2007, que resulta aplicable a la Central Termoeléctrica Bocamina II. En efecto, si ENDESA es titular de una Resolución Calificación Ambiental para dicha Central Termoeléctrica, no se puede sostener que la ha operado sin autorización. Podrá ocurrir que el organismo técnico correspondiente – la Superintendencia del Medio Ambiente – establezca que la termoeléctrica ha sido operada excediendo o en contravención a lo señalado en la RCA, pero no podrá afirmar que ha operado **sin autorización** ambiental. Hacerlo, importará negar una realidad: existe una autorización ambiental – la RCA 206-2007 – otorgada a la Central Termoeléctrica Bocamina II, que se encuentra plenamente vigente.

El 26 de noviembre de 2013, a través del Oficio ORD. U.I.P.S. N° 976, la Superintendencia del Medio Ambiente procedió a reformular los cargos a ENDESA, invocando, para ello, "nuevos antecedentes". Para este efecto, mantuvo los 6 cargos originales relacionados a incumplimientos a la RCA 206-2007, agregó un segundo cargo relacionado con un requerimiento de información no cumplido oportunamente, y consignó un cargo adicional:

"La operación, por parte de Endesa, de todo o parte, del proyecto 'Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad', sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental."

Al revisar en detalle el referido ORD. U.I.P.S. N° 976, de 26 de noviembre de 2013, sorprendentemente, aparece que el mismo se encuentra basado, únicamente, en los dichos y antecedentes aportados por terceros. En efecto, en el número 18 del Capítulo I. Antecedentes, aparece consignado que la Fiscal

Instructora recibió del Jefe de la Unidad de Inspección de Procedimientos Sancionatorios, los siguientes antecedentes:

i) La denuncia presentada por el Sr. Pinochet De La Paz con fecha 26 de septiembre de 2013.

ii) El Oficio ORD. U.I.P.S. N° 813, de 21 de octubre de 2013, por el cual le fueron solicitados antecedentes adicionales a dicho denunciante.

iii) La respuesta del denunciante al oficio anterior.

iv) El expediente del recurso de protección rol 172-2013, caratulado "Ingeniería y Construcción Tecnimoc Chile y Cía. Ltda. con Empresa Nacional de Electricidad S.A.", remitido por la Corte de Apelaciones de Concepción, a solicitud del Jefe de la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios.

v) La Resolución Ex. N° 1240, de 5 de noviembre de 2013, por la cual la SMA requirió información a Endesa, específicamente el contrato denominado ACB-003.06, suscrito entre las empresas Consorcio Tenimoc y Endesa, durante el mes de julio de 2007.

vi) La respuesta de Endesa a dicho requerimiento de información.

De este modo, los antecedentes a partir de los cuales se reformularon los cargos son los siguientes:

i) Los aportados por un denunciante privado (el Sr. Pinochet de la Paz).

ii) Un contrato suscrito por Endesa con el Consorcio Tecnimoc, en julio de 2007.

iii) El expediente sobre recurso de protección entre ambas empresas, respecto del cual anotamos que – por su naturaleza – no está destinado a establecer hechos, al carecer de un término probatorio establecido al efecto y sin que exista posibilidad de controvertir los antecedentes que se aporten al mismo.

Así, la afirmación de que la Central Térmica Bocamina II carece de autorización ambiental, se funda en los solos dichos del Sr. Pinochet De La Maza, sin que haya existido actividad de verificación o inspección alguna, a este respecto, por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En los números 19 y 20 del Capítulo I. Antecedentes, del Oficio de reformulación de cargos, se da cuenta de la DIA presentada por ENDESA con fecha 25 de noviembre de 2012 y a cuya tramitación se le puso término, en cumplimiento de lo resuelto por la Corte Suprema con fecha 04 de julio de 2012. Al respecto, se agrega una tabla en que bajo el título “Modificaciones realizadas a las obras permanentes del proyecto aprobado”, se detallan cuatro acápite del proyecto aprobado por la RCA 206-2007, que se modificarían bajo dicha DIA. Dichos acápite son los siguientes:

I) Optimización del Proceso de Generación de Energía, cambiando el tipo de generador de vapor, el sistema de refrigeración y el turbogenerador, que produciría 370 MW en vez de 350 MW.

II) Manejo de Insumos y Residuos, en la forma siguiente:

- Reduce el número de canchas de carbón a utilizar,
- Incorpora un sistema de abatimiento de material particulado,
- Deja limitado sólo a casos de emergencia el traslado de carbón mediante camiones,
- Realiza el transporte de caliza en silos herméticos modificando los estanques de agua,
- Reduce los estanques de petróleo,
- Construye nuevas bodegas para el almacenamiento de insumos,

- Contempla un sistema de abatimiento de material particulado con lo que la emisión de cenizas disminuye de 1,63 toneladas diarias a 1,1 toneladas diarias,
- Contempla un sistema integrado de tratamiento de "Riles".

III) Otras adecuaciones de seguridad y respaldo, con un aumento de la planta de agua desmineralizada, aumento de generadores auxiliares, cambios en el sistema de aire comprimido, aumento del generador de emergencia, y nuevas medidas de mitigación de ruidos.

IV) Disposición general de la planta, con un cambio en la disposición de algunos equipos y obras, y un aumento en 33 centímetros en el diámetro de la chimenea, a cambio de una disminución en la temperatura de los gases que se emiten de 135° a 80° .

Como es evidente, se trata de un conjunto de obras destinadas a modificar las existentes con lo cual y como, producto del uso de nuevas tecnologías, resulta posible aumentar la producción en 20 MW, obteniendo una disminución de la emisión de cenizas de 1,63 a 1,1 toneladas diarias y una disminución en la temperatura de los gases emitidos, de 135° a 80° todo lo cual, en palabras de la Corte Suprema "**constituyen *modificaciones (que) apuntan a mejorar su funcionamiento en términos ambientales y de seguridad.***"

A lo anterior, se debe agregar que durante la operación, el caudal de agua de refrigeración captado del mar, se acotó a los 45.000 metros cúbicos por hora, manteniendo una diferencia de temperatura de agua de mar de 8,17° C, por lo que ambos valores – caudal y temperatura – se encuentran dentro de lo autorizado por la RCA 206-2007.

Por último, en relación al consumo de combustible, el diseño para producir 370 MW, producto de las nuevas tecnologías empleadas, supone un consumo de carbón inferior en un

43% respecto de lo autorizado en la referida RCA. Operando, como se ha hecho, a 350 MW, el consumo de carbón es aún menor.

Se podrá sostener que ha existido una infracción de lo autorizado por la RCA 206-2007, toda vez que no se ha operado en los mismos términos autorizados por ella, sino que con **MENORES** emisiones. Sin embargo, **lo que no se puede sostener**, es que ha existido una operación **sin contar con una autorización ambiental**, toda vez que se trata de la operación de la misma central termoeléctrica (Bocamina II), que realiza la misma actividad autorizada (producción termoeléctrica con carbón bituminoso), con menor impacto al medioambiente.

Anotamos que, tal como lo ha establecido el Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central – CDEC-SIC – la Central Termoeléctrica Bocamina II, **nunca ha operado con una producción que exceda de 350 MW**. Es decir, nunca ha alcanzado los referidos 370 MW. Al reducir su operación a 350 MW, sus emisiones son todavía menores a las arriba anotadas.

Pretender, como lo ha hecho el denunciante, que los cambios y modernización de los elementos de la Central Termoeléctrica Bocamina II son de tal magnitud, que hacen desaparecer del todo la autorización ambiental contenida en la RCA 206-2007, es una construcción artificial que no resiste análisis, toda vez que choca con la fuerza de los hechos: la Central Termoeléctrica es la misma; ella opera en el mismo lugar; consume el mismo combustible autorizado; produce la energía autorizada (350 MW), pero con emisiones inferiores a las autorizadas, todo lo cual se refleja en una disminución de la emisión de cenizas que baja, de 1,63 a 1,1 toneladas diarias y en una disminución en la temperatura de los gases emitidos, que también bajan de 135° a 80°.

Ni el cambio en el lay-out, ni la circunstancia de que un ducto vacíe aguas que, aunque se califican de residuos industriales líquidos – que, se me explican, son empero, aguas ambientalmente inocuas – sin pasar por un ducto de 30 metros

desde el borde la playa, altera lo expuesto. Significo, de este modo, que tanto en el ámbito del proceso sancionador administrativo que ha incoado la Superintendencia del Medio Ambiente como en la causa que se ventila ante la Corte de Apelaciones de Concepción, toda imposición de sanciones habrá de tener en cuenta no solamente el desacatamiento de la norma sino, esencialmente, el resultado dañoso de la conducta. Lo primero es simplemente formal; lo segundo es sustantivo.

4.- LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL 206/2007 ¿EXISTE O FUE DEROGADA?

La respuesta que se dé a esta interrogante es crucial, para los temas en controversia: a menos que se pruebe que la RCA fue derogada, revocada o anulada, todo el edificio de imputaciones construido sobre la base de una eventual actividad al margen o sin autorización legal, debe ser desestimado.

Inexplicablemente y de un modo incomprensible, por tratarse del organismo técnico especializado, la SMA reiteró el error del Sr. Pinochet De La Maza y consignó, en la reformulación de cargos, que se estaba realizando una operación **sin contar con autorización ambiental**, al tiempo que mantuvo los cargos a Endesa por operar en contravención a su autorización ambiental, contenida en la RCA 206-2007. Como es evidente, se trata de una clara y ostensible contradicción: no puede ser posible que se sancione a Endesa por infringir la autorización ambiental y, acto seguido, se consigne que carece de autorización ambiental. **Sólo si se es titular de una autorización ambiental que existe, se puede incurrir en una contravención a la misma.** Pero no es posible que se sostenga que dicha autorización no existe y a renglón seguido se sostenga que se la ha infringido...

Lo absurdo de este proceder fue expuesto por Endesa en su escrito de descargos, de 23 de diciembre de 2013, poniendo de manifiesto el efecto jurídico que se sigue de dicha contradicción, a saber, la infracción del principio *non bis in ídem*. Así, el escrito de descargos señaló:

“Es así que para el caso del incumplimiento de las condiciones establecidas en el considerando 3.3 “Descripción de Proyecto” de la RCA N° 206/2007 – el hecho específico consiste en la omisión de contar una obra de descarga de residuos industriales líquidos del sistema de refrigeración del condensador, que penetre en el mar 30 metros desde el borde de la playa – por un lado; y por otro, fundamentada en la operación, por parte de ENDESA, de todo o parte, del proyecto “Optimización Central termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad”, sin contar con una Resolución de Calificación Ambiental.”

5.- LA AUSENCIA DE UNA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL NO SUPONE LA SUSPENSIÓN DE LA OPERACIÓN.

En la especie, la operación de la Central Termoeléctrica Bocamina II se encuentra con su operación suspendida en razón de la Orden de No Innovar decretada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 16 de diciembre de 2013, en el recurso de protección tantas veces mencionado.

Si, como se ha demostrado, dicha acción constitucional se encuentra fundada en un antecedente de hecho inexistente, por lo que debe ser rechazada – atendido que la Corte Suprema sólo se limitó a exigir la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental, sin impedir a la Central Termoeléctrica Bocamina II operar en tanto no obtuviese una nueva Resolución de Calificación Ambiental – la Orden de No Innovar dictada en relación a la misma, debe seguir igual suerte, como aplicación de la normativa que rige la actividad cautelar.

No obstante ello, Endesa ha solicitado su alzamiento en tres ocasiones, sin que se haya dado lugar a su solicitud.

En paralelo, a raíz de eventos de succión de recursos hidrobiológicos ocurridos los días 21 y 27 de enero de 2014, por Resolución N° 39, de 28 de enero de 2014, debidamente autorizada por el Tribunal Ambiental competente, la SMA ordenó la clausura total y temporal del proyecto Bocamina I y otras medidas provisionales relacionadas con la Prueba Piloto de las Centrales Bocamina I y II. Posteriormente, el 06 de febrero, luego de la presentación de Endesa realizada al efecto, por Resolución N° 59, la SMA dejó sin efecto la clausura de Bocamina I y levantó las medidas respecto de la Prueba Piloto de las Centrales Bocamina I y II.

6.- DE LA ORDEN DE NO INNOVAR.

Veinte años atrás, al ocuparnos de este tema, para explicar y justificar la procedencia de la Orden de No Innovar, en materias de protección, cuestión hasta entonces discutida y controvertible⁽¹⁾, destacábamos que la actividad jurisdiccional, además de todos los atributos que le son pacíficamente reconocidos, comprende también un poder cautelar general, acotando que no sería íntegra ni verdaderamente eficaz la respuesta jurisdiccional, si a ella no se entendiera siempre perteneciente esta actividad complementaria y asegurativa.⁽²⁾

Establecido que todo tribunal está dotado de potestad cautelar, viene bien determinar la naturaleza misma de esta Orden de No Innovar(ONI), tarea que conduce a reconocer que esta prohibición de innovar, se ha tratado entre nosotros, en general, como perteneciente al Derecho de los Recursos. El Código de Procedimiento Civil la trataba, primitivamente, sólo en relación al recurso de hecho. Separadamente, el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación de los Recursos de Queja, también la incluyó, hasta que mucho tiempo más tarde, se la reguló otra vez en el

¹ Cfr: Mi "Protección Constitucional y Cautela Judicial ¿Orden de No Innovar en el Recurso de Protección? En "Tribunales, Jurisdicción y Proceso", Santiago, 1994, Editorial Jurídica de Chile, págs. 137 a 168. Repárese en que ya el título era indiciario del carácter aventurado de la tesis.

² *Ibidem* p. 140

artículo 192 del Código, pero con motivo de la concesión de la apelación en el solo efecto devolutivo.

En el terreno de los recursos, la ONI es manifestación del poder con que se encuentra dotado el Tribunal Superior, propio de todo sistema recursivo y que es el que ejerce ese Tribunal que habrá de fallar el recurso y es el llamado a pronunciarse sobre la ONI: Invoco una modalidad del conocido argumento a fortiori que, en este caso, importa sostener que si al tribunal llamado a decidir el recurso, se le reconoce la potestad de revocar la sentencia recurrida, esto es, si puede sustituir la proposición central de la resolución impugnada, por la contraria (“condeno” donde decía “absuelvo”; “acojo” en lugar de “rechazo”, etc.) ¡...con cuánta mayor razón no podrá ese mismo Tribunal suspender el cumplimiento de lo resuelto, en tanto no decide sobre la impugnación que le confiaran!

Pero la decisión no es cautelar, porque, si lo fuera significaría que un tribunal estaría otorgando cautela en contra de la decisión de un tribunal inferior: la jurisdicción cautelándose de sí misma, constituye un absurdo inconcebible. Así se explica que, definitivamente, en el terreno de los recursos, la ONI no es cautelar.

A diferencia de lo anterior, empero, en el ámbito de la acción constitucional de protección, “la orden de suspender el acto hostil o perjudicial importa, propiamente, ejercicio de jurisdicción cautelar...”⁽³⁾ lo que, de inmediato conduce a recordar que los requisitos de procedencia – como los de toda cautela judicial – están constituidos por los conocidos “fumus boni juris” y “periculum in mora”. En consecuencia, si no concurre en la especie el humo de buen Derecho, que nuestra legislación procesal civil, después de descartar, en el siglo XIX, la exigencia de semi plena prueba, reemplazara⁽⁴⁾ por los “comprobantes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama”⁽⁵⁾, esto es, la “**verosimilitud**” del derecho, ese estado intermedio, entre la **certeza plena**, que sólo viene dada

³ Ibídem p. 159

⁴ Cfr Santiago Lazo, “Los Códigos Chilenos notados”, Poblete Cruzat Hnos., p. 251

⁵ Cfr. Artículo 298 Código de Procedimiento Civil

por la sentencia ejecutoriada y el **desconocimiento total**, que se tiene antes de que se dé inicio al juicio.

La actividad cautelar, en el terreno medio ambiental, encuentra acogida en el artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, que contempla un estatuto razonablemente completo para los 6 tipos de medidas provisionales que se establecen, entre las que destaca la clausura temporal, total o parcial, de las instalaciones, que es la medida aplicada respecto de las Centrales Térmicas Bocamina I y II.

De un modo levemente innecesario, puesto que solo consagra cuestiones generales cautelares, dicha disposición señala que tales medidas tienen por objeto evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas y deben ser solicitadas, fundadamente, por el instructor de un procedimiento sancionatorio, al Superintendente del Medio Ambiente. Tratándose de las medidas de clausura temporal, total o parcial, de las instalaciones, detención del funcionamiento de las mismas y suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental, se requerirá autorización previa del Tribunal Ambiental.

Las medidas del artículo 48 son esencialmente temporales, tendrán una duración de hasta 30 días corridos y, para su renovación, se demanda resolución fundada, la que deberá cumplir los mismos requisitos establecidos para decretarlas.

El inciso 2º del artículo 48 señala que estas medidas podrán decretarse, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento sancionatorio y, en este caso, deberán ser proporcionadas al tipo de infracción de que se trate y a las circunstancias señaladas en el artículo 40⁽⁶⁾. Entendemos, no obstante

⁶ Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.
- b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.
- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.
- d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en

la referencia de este inciso 2º, al caso en que las medidas se decreten antes del inicio del procedimiento sancionatorio, que en toda medida provisional se debe cumplir el requisito de la proporcionalidad.

Lo anterior, entre otras razones, atendido lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, en cuya virtud, el interés general se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas y en lo razonable e imparcial de sus decisiones...

Es, precisamente, la necesidad de la Administración de tomar decisiones razonables, lo que justifica que no sea posible decretar medidas provisionales desproporcionadas en relación al tipo de infracción de que se trate. Por ello, aunque el inciso 2º del artículo 48, esté referido únicamente a las medidas decretadas antes del inicio del procedimiento sancionatorio, nos parece indiscutible que el estándar de proporcionalidad resulta aplicable también a las medidas que se decreten, una vez que el mismo ya se ha iniciado.

Se pone de relieve, de esta manera, un atributo calificable de "proporcionalidad" de la cautela judicial, que el artículo 298 del Código del ramo civil enuncia afirmando que "*...las medidas de que trata este Título se limitaran a los bienes necesarios para responder a los resultados el juicio...*", vale decir, se proscribiera el exceso cautelar, usualmente abusivo y ventajista. En materia penal, esta relación aparece idénticamente evidente: cuando se usan los parámetros de "peligro para la sociedad" o "peligro para la víctima" la intensidad de la cautela es mayor. Es más, el artículo 140, reseñando la procedencia de la cautela más intensa – la prisión preventiva –

el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

e) La conducta anterior del infractor.

f) La capacidad económica del infractor.

g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.

h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

estatuye que para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: **la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos.**

Queda pues de manifiesto, que las medidas cautelares se sujetan a un régimen de proporcionalidad, en función de los hechos que motivan el proceso de que se trata: a mayor intensidad o gravedad del hecho, mayor cautela y, obviamente, la regla también opera en sentido inverso...

Adicionalmente, desde un análisis de dogmática jurídica procesal, las medidas deben ser homogéneas, vale decir, deben cumplir su función de aseguramiento, produciendo una injerencia en la esfera jurídica del demandado, similar o parecida a ciertos resultados del eventual proceso de ejecución pero obviamente no idénticas porque si así aconteciera tendría lugar una ejecución sin título, lo que no es admisible⁽⁷⁾. Esta característica de la cautela explica, por ejemplo, que en aplicación rigurosa de los principios que la informan, en materia penal, al que se le imputa un hecho cuya mayor sanción es una pena de multa, no se le puede privar de libertad durante la substanciación del proceso, porque si así aconteciera, no existiría homogeneidad entre cautela y sentencia definitiva.

7.- PROHIBICIÓN DE INNOVAR Y SUSPENSIÓN.

En función de la naturaleza de la ONI, aparece un tema perenne: ¿puede identificarse la orden de no innovar con la suspensión? Para la Real Academia, mientras “**suspender**” es “detener o diferir por algún tiempo una acción u otra”, **innovar** es “mudar o alterar las cosas introduciendo novedades” de donde – dijimos alguna vez – se desprende “*una cierta connotación dinámica para la suspensión y una estática para la orden no innovar.*”

⁷ *Ibidem*, pág. 145.

Se ha dicho que la suspensión es una medida enteramente diferente de la orden no innovar, pues mientras ésta impide actos posteriores, congelando la situación al momento de su dictación, aquélla tiende a impedir los efectos de un acto, pero transitoriamente, con lo cual no sólo se impiden actos posteriores sino incluso que el origen del agravio produzca sus efectos, mientras se decide jurisdiccionalmente su juridicidad.

A nuestro juicio, la diferencia entre suspensión y orden de no innovar, radica en la marcada condición conservativa de la primera y, en cambio, en un tinte innovativo de la segunda, de todo lo cual resultan mayores o menores efectos ex nunca y ex tunc, lo que no obsta a que ambas, suspensión y ONI tengan una condición cautelar indesmentible.

De este modo, si ONI constituye la prohibición de hacer algo "nuevo" (Couture dirá en su "Vocabulario" que "*innovar*" es voz culta, del latín innovativo, sustantivo verbal de *innov*: **NUEVO**, lo que, unido al prefijo negativo "in", agrego, implica no hacer o aportar algo nuevo. En consecuencia la ONI, semánticamente, **no obsta a seguir haciendo lo que se estaba haciendo**: ella impide hacer algo nuevo...!

Hoy, cuando finalmente hemos incorporado al Ordenamiento procesal, la cautela innovativa⁸), su contraste con la

⁸ El artículo 24 de las Ley 20.600, con el rótulo de "De las medidas cautelares" dispone que *"...Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. **Son innovativas aquéllas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida.**"*

La Ley de los Tribunales de Familia declara en el artículo 22, que el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o **innovativas** que estime procedentes. **Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés**

prohibición de innovar, aparece en toda su dimensión: es que si la cautela “innovativa” permite, en los hechos, adelantar, total o parcialmente lo que se pide en la demanda, esto es, incursionar hacia delante, resulta manifiesto que si esa conducta se prohíbe (se veda “innovar”), el único efecto práctico es que no se puede hacer algo que, hasta el momento, aun no había tenido lugar: confundir esta situación, con la suspensión de una actividad que ya se viene realizando, significa dar a las palabras un significado que no tienen...

Establecido como señalábamos antes, que las medidas provisionales tienen que ser proporcionales al tipo de infracción de que se trate, útil resulta recordar lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental en los autos S-6-2013, el 19 de diciembre de 2013.

En esos autos, ante una solicitud del Superintendente del Medioambiente, para decretar la medida provisional de clausura temporal y parcial de los denominados “Sector Botadero” y “Sector Depósito de Seguridad”, el Tribunal Ambiental expresó que:

“... en opinión de este Tribunal, el sólo hecho de que las mencionadas obras o actividades no hayan ingresado al SEIA, no es (en) sí mismo un motivo suficiente para autorizar el tipo de medidas provisionales como las solicitadas por el Superintendente, ya que siempre se requerirá acompañar los antecedentes suficientes e idóneos para evaluar si existe o no un riesgo de daño inminente al medio ambiente o la salud de la población, según lo establecido en el inciso primero del artículo 48 de la LOSMA.”

Esta jurisprudencia resulta relevante para poner en la correcta perspectiva, la situación de la Central

superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

Termoeléctrica Bocamina II, cuya operación completa, por esta fecha, su cuarto mes de suspensión.

En efecto y, en primer lugar, en tanto los órganos jurisdiccionales especializados de la nueva institucionalidad ambiental, sólo pueden autorizar que se decreten medidas provisionales por un plazo de hasta 30 días corridos a través de resoluciones fundadas de la Superintendencia del Medio Ambiente, guardando la debida proporcionalidad ante la infracción de que se trate, nada de ello ocurre cuando se trata de una Orden de No Innovar.

En segundo lugar, para el criterio de los órganos jurisdiccionales especializados, la sola circunstancia de que una obra o actividad no haya ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), no constituye causal suficiente para decretar una medida provisional de clausura temporal y parcial. El Tribunal Ambiental, ciñéndose al inciso 1º del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, exige, además, que se acredite el riesgo de un daño inminente para el medioambiente o la salud de las personas, para cuyo efecto deben acompañarse a la solicitud respectiva, los antecedentes suficientes e idóneos para ello.

8.- EL CARÁCTER FINALISTA DEL DERECHO.

A estas alturas, viene bien recordar el tinte finalista, característico de las normas jurídicas; sabemos que ellas tienen un enunciado constituido, en general, por una descripción y una consecuencia, pero como sea, lo común es que la norma tenga un sentido, que apunte a una dirección; que ella persiga obtener un resultado, en síntesis, que esté guiada por un sentido teleológico y apunte a un fin determinado, esto es, preservando, activa u omisivamente, los valores sobre los cuales ella descansa.

Así se explica el principio de la trascendencia en la nulidad procesal, enunciado por Couture como "*no hay nulidad sin perjuicio*": apartarse de la norma, en consecuencia no

trae, en principio, consecuencias sino hay otro, un tercero, que, a raíz de tal apartamiento se vea menoscabado en sus derechos.

Precisamente de esta consideración del Derecho en general, arranca la exigencia del “interés” en obrar, que es común a tantas disciplinas jurídicas: no puede pedir la nulidad absoluta sino el que tenga interés en ello; no puede recurrir en contra de una resolución judicial, sino el agraviado por la misma, constituyendo “el agravio”, la dimensión procesal del interés.

Vuelvo al Derecho Procesal, pródigo en situaciones que ilustran la idea que propugnamos: cuando la demanda está torpemente redactada; cuando ella infringe, desde la ortografía hasta la sintaxis, no le resultará posible al demandado obtener que prospere su excepción de ineptitud del libelo, si no es capaz de demostrar que tales deficiencias obstan, restringen o impiden su derecho a defensa. Y, entonces, ¿cuál es la razón para que en estas condiciones, se desestime una excepción de esta naturaleza?

La respuesta es simplísima: el valor preservado por la excepción – la constitución de una relación jurídico-procesal válida – a pesar de las deficiencias, no resultó afectado... Es la idea que también inspira al artículo 375 del Código Procesal Penal cuando proclama que “...no causan nulidad los errores de la sentencia... que no influyeren en su parte dispositiva...”

El Derecho ha superado ya, largamente, al formalismo, esa desviación que, profesando un amor por las formas, sin reparar en la sustancia, ha ocasionado tanto daño al Derecho y a su aplicación y evolución. No obstante, reaparece una y otra vez: la que se analiza, es una de ellas.

9.- ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DE BOCAMINA?

Como no podrá sino concluirse, la situación de la Central Térmica Bocamina II se encuentra muy lejos de la

condición que el Tribunal Ambiental estima como necesaria para decretar una medida provisional de clausura temporal y parcial.

En efecto, cumpliendo lo resuelto por la Corte Suprema con fecha 04 de julio de 2012, a esta fecha, ENDESA tiene ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, un Estudio de Impacto Ambiental para la Central Termoeléctrica Bocamina II.

Sin perjuicio de lo anterior, dicha central termoeléctrica cuenta ya con una autorización ambiental, consignada en la RCA 206-2007, por lo que no es posible afirmar – como lo hace la recurrente y el ORD. U.I.P.S. N° 976, de 26 de noviembre de 2013 – **que carezca** de tal autorización ambiental.

10.- EL FORMALISMO.

La Central Termoeléctrica Bocamina II se encuentra operando EN CONDICIONES AMBIENTALES MÁS FAVORABLES QUE AQUELLAS BAJO LAS CUALES HABÍA SIDO AUTORIZADA por la RCA 206-2007...! esto es:

- (i) Genera menos de 350 MW;
- (ii) Realiza menores emisiones de cenizas (1,1 toneladas diarias, frente a las 1,63 toneladas diarias); y
- (iii) Emite gases a menor temperatura que antes (80°, frente a 135°).

Estos antecedentes descartan, absoluta y radicalmente, que pueda existir un daño inminente al medioambiente o a la salud de las personas, por lo que no se verifica la situación de hecho del inciso 1° del artículo 40, para que se decreten medidas provisionales: ¿Cómo podría generarse el peligro de semejante daño, si condiciones más gravosas, estaban autorizadas por la RCA...? ¿Qué Lógica existe en la afirmación de lo contrario...?

Si, en especial, para los efectos de un análisis riguroso, se admite que se hubiere infringido la orden de la Corte Suprema pero, como se ha demostrado, si la preservación del Medio Ambiente y, por tanto de la salud de las personas ES MEJOR Y MAYOR bajo la actual situación, a lo que era bajo las condiciones determinadas por la RCA 206/2007, ¿alguien podría decretar medidas cautelares o provisionales en contra de la Central? ¿No sería semejante comportamiento, una inaceptable sumisión al formalismo, sin reparar en los valores medioambientales que están en juego y que resultan más cuidados hoy, que ayer? ¿Podría acaso la autoridad Medio Ambiental como la Superintendencia correspondiente, imponer sanciones gravosas en un caso semejante...? La negativa se impone.

Las atribuciones conferidas por la legislación vigente, a los órganos especializados de la nueva institucionalidad ambiental, tanto de naturaleza jurisdiccional como administrativa, **no autorizan que respecto de la Central Termoeléctrica Bocamina II, se puedan decretar ninguna de las medidas provisionales consagradas en el artículo 48 tantas veces citado ni, menos aún, unas tan gravosas como la clausura temporal, total o parcial**, toda vez que, por cuanto se ha señalado, aparece evidente que no concurren los supuestos de hecho para ello, en razón de que, ni existe daño al medioambiente o a la salud de las personas, ni, por lo mismos se puede calificar dicho daño inexistente, como inminente.

No existe ni humo de buen Derecho ni, menos aun, peligro en la demora...!

En estas circunstancias, no parece posible que se pueda mantener vigente la Orden de No Innovar decretada en el recurso de protección rol N° 18.988-2013, que, en su dictación, no ha cumplido con ninguno de los requisitos del artículo 48 tantas veces citado.

CONCLUSIONES.

1.- El recurso de protección que se tramita bajo el rol N° 18.988-2013, ante la Corte de Apelaciones de

Concepción, está basado en un hecho inexistente, puesto que la Corte Suprema no dictó una resolución prohibitiva sino sólo se limitó a ordenar a ENDESA presentar "*un Estudio de Impacto Ambiental a la Comisión de Evaluación de la Región del Biobío*", sin que se pueda entender que dicho fallo impidió a la Central Termoeléctrica Bocamina II operar, en tanto no se obtuviese una nueva Resolución de Calificación Ambiental.

2.- No se ajusta a la realidad, la afirmación de que ha existido una operación sin autorización ambiental, toda vez que se trata de la operación de la misma central termoeléctrica (Bocamina II), que realiza la misma actividad autorizada (producción termoeléctrica con carbón bituminoso), con menor impacto al medioambiente.

3.- Es un hecho incontrovertido, que la Resolución de Calificación Ambiental 206/2007 no ha sido anulada, revocada ni derogada.

4.- Desde el punto de vista del Derecho en general y desde el de la nueva institucionalidad ambiental, la sola ausencia de una autorización, si se supusiera que no existe, no importa que por ese solo hecho, se deba paralizar la operación de la Central Térmica Bocamina II, especialmente si ella opera con emisiones menores a las autorizadas por la RCA 206-2007, esto es, si la actividad se realiza hoy en mejores condiciones medioambientales que las autorizadas por la RCA vigente.

5.- Si, efectivamente, no se hubiere presentado un Estudio de Impacto Ambiental, y la Central estuviere operando bajo condiciones medioambientales más favorables que las autorizadas por la RCA 206/2007, - como en los hechos acontece - constituiría un inexcusable sometimiento al formalismo burocrático, el sancionar o imponer medidas cautelares a ENDESA.

6.- Al interior de un recurso de protección que, rigurosamente no es recurso sino acción constitucional, la orden

de no innovar es emanación de la potestad cautelar general del tribunal.

7.- No debe confundirse el sentido y alcance de una orden de no innovar – que en contraste con la cautela innovativa – representa no hacer algo nuevo, con la mera suspensión de una actividad.

8.- En cuanto medida cautelar, la ONI se rige por los principios generales y comunes de la cautela judicial, tanto en cuanto a la exigencia de requisitos de procedencia sin que, en su concesión, pueda desatenderse la garantía de la proporcionalidad, debiendo medirse su intensidad, en función de la gravedad de los hechos.

9.- La condición finalista es un atributo de las normas jurídicas: ellas están teleológicamente preordenadas a un fin o valor, de manera que la infracción a la regulación, que no afecta al valor en custodia, carece de efectiva relevancia.

10.- Una infracción a la norma medioambiental o a una resolución judicial, pronunciada en un debate de semejante naturaleza, tiene importancia diferente, conforme sea la gravedad del daño ambiental que la conducta genera, al grado de llegar a estimarse, como acontece en el proceso penal, que errores o infracciones no esenciales, no se tomarán en consideración.

11.- Si, aun cuando se hubiere infringido alguna regulación, la operación de la Central se lleva a cabo en condiciones medioambientales, iguales o superiores a las previstas en la RCA 206/2007, toda medida cautelar que se decrete en un proceso jurisdiccional y toda sanción que jurisdiccional o administrativamente se resuelva imponer, deberá atender al evidente menor disvalor ambiental de una conducta como la mencionada.

12.- La necesidad de la Administración de tomar decisiones razonables, como lo exige la Ley, justifica que no sea

posible decretar medidas provisionales desproporcionadas en relación al tipo de infracción de que se trate.

13.- Tanto la sentencia jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de Concepción, como la decisión administrativa que habrá de dictar la Superintendencia del Medio Ambiente, deberán tomar en consideración que ENDESA tiene ingresado al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, un Estudio de Impacto Ambiental para la Central Termoeléctrica Bocamina II.

Es cuanto puedo informar a Ud., al tenor de lo solicitado.

Saluda atte a Ud.,



RAUL TAVOLARI OLIVEROS
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile