

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: “SOBRE EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO
SANCIONATORIO AMBIENTAL CHILENO”

Alumno: Sebastián Rebolledo Aguirre

Tutor: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Convocatoria (Marzo/2018)

I. Introducción

Escasos son los trabajos que tengan por objeto analizar los clásicos problemas probatorios en el derecho administrativo, tales como el de la admisibilidad, exclusión y práctica de la prueba, la valoración de los elementos de juicio, y de la decisión sobre los hechos.¹ De todos estos, quizás el más abandonado es aquel referente a la determinación del estándar de prueba aplicable para la corroboración de hipótesis de hecho y las decisiones que, en el marco de un procedimiento administrativo, debe tomar la Administración del Estado.

Si bien en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores la discusión sobre estas cuestiones ha sido más intensa, esta ha estado generalmente mal enfocada. Este problema de enfoque tiene su origen en: (i) una errada concepción del “derecho administrativo sancionador” (CASERMEIRO, 1997, pp. 69 y ss.)² y (ii) en una deficiente o casi nula comprensión del derecho y razonamiento probatorio.³

Este problema de enfoque es –como argumentaremos–, determinante en la eficacia y la eficiencia del ejercicio de aquellas potestades y atribuciones de la administración que requieren la verificación de presupuestos fácticos, para la posterior adopción de una decisión de adjudicación, esto es, una que constituya, limite o extinga derechos y obligaciones para los regulados. Entre este tipo de decisiones se encuentran las “sancionatorias”, que serán objeto del presente trabajo.

En términos probatorios, este problema, a su vez, puede ser planteado en términos de insuficiencia e inadecuación del desarrollo dogmático y jurisprudencial sobre la naturaleza y función de las reglas de distribución y reducción de riesgos, y especialmente, del estándar de prueba aplicable a las decisiones sancionatorias de la administración. No pretendemos, con lo que aquí se señale, determinar *cuál* es el estándar de prueba aplicable a *todos* los procedimientos

¹ Entre los más destacados: BARRERO, 2003; ALARCÓN, 2007; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016; y MEDINA, 2016.

² Sin perjuicio de las diferencias terminológicas presentes en diversos sistemas, no entraremos aquí en la discusión sobre la naturaleza y denominación del ejercicio, por parte de la Administración del Estado, de sus potestades reguladoras, correctivas, represivas, distributivas y retributivas. Para el caso específico de aquellos procedimientos generales o especiales, de naturaleza adversarial o inquisitorial, establecidos legalmente, en los que se enfrenta el agente en contra de un regulado, con el objeto de determinar y atribuir su responsabilidad frente a una hipótesis infraccional, seguiremos utilizando la expresión “procedimiento administrativo sancionador”.

³ Como se podrá apreciar, la mayoría de los trabajos sobre el tema, poco dicen sobre la decisión de los hechos, y si lo hacen, suelen hacerlo en clave subjetivista u obviando los aportes teóricos y filosóficos que la en las últimas décadas se han vertido sobre la determinación o formulación y aplicación del estándar de prueba.

administrativos, sino sólo esbozar *algunas* ideas sobre, quizás, *qué* cuestiones deben considerarse para formular el estándar aplicable. Tampoco creemos, que lo anterior sea una tarea u objetivo pertinente, bajo una definición general del derecho administrativo, con independencia a la tradición o sistema jurídico, o incluso, el procedimiento administrativo en particular. Nos concentraremos, por tanto, en el procedimiento administrativo sancionador regulado por la Ley N° 20.417 (“LOSMA”), que crea la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), en Chile

Dicho lo anterior, los aspectos que serán objeto de análisis para enfrentar los referidos problemas de inadecuación e insuficiencia, corresponden a: (i) identificar los factores o elementos de carácter político-moral, jurídicos y fácticos que deben ser considerados en la determinación del estándar de prueba; (ii) analizar la eventual concurrencia de más de un estándar de prueba, o la aplicación de un estándar de prueba “móvil”, en las decisiones sancionatorias; y (iii) intentar responder las preguntas referentes a *quién* y *cómo* determina el estándar de prueba aplicable.

Para cumplir con dichos objetivos, se tendrá a la vista el actual panorama doctrinal y jurisprudencial sobre los procedimientos administrativos sancionatorios, en tanto fase del sistema y *modelo de adjudicación* (ASIMOW, 2015), frente a una infracción administrativa por parte de un regulado. Dicha revisión tiene una doble función: primero, identificar la naturaleza y finalidades del procedimiento administrativo sancionatorio, distinguiéndolo del penal; y segundo, operar como punto de partida necesario para adentrarse en el análisis del procedimiento sancionatorio ambiental y el estándar de prueba.

Habiendo hecho lo anterior, se espera desarrollar una concepción del procedimiento sancionatorio ambiental, su naturaleza y finalidad, así como del contexto fáctico y normativo en que opera, que permita identificar cuáles son sus particularidades y cómo influyen en la determinación del estándar de prueba aplicable, particularmente: si acaso puede haber más de uno; si es un estándar fijo o variable, y analizar críticamente la cuestión referente a si la determinación del estándar aplicable puede ser algo que, sin dejar de ser intersubjetivamente controlable y afín a la seguridad jurídica, quede sujeto a la discrecionalidad del organismo administrativo, en éste caso, la Superintendencia del Medio Ambiente.

II. Sobre el estándar de prueba en los procedimientos administrativos sancionatorios en general

1. Notas generales sobre la naturaleza, finalidad y formulación del estándar de prueba

En la dogmática sobre prueba y razonamiento probatorio, actualmente, se ha erigido como posición dominante, al menos en la tradición iberoamericana, aquella que se sustenta en la denominada tradición racionalista acerca de la prueba.⁴ Conforme a esta, el análisis sobre la prueba en el derecho se concentra y manifiesta en “tres momentos probatorios”:⁵ los admisibilidad, exclusión y práctica de la prueba, el de valoración de los elementos de juicio, y el de la decisión sobre los hechos. Si bien en cada uno de ellos, abundan diversas y complejas discusiones de carácter jurídico, filosófico y epistemológico, no nos referiremos sino únicamente al último de dichos momentos, y para ello es necesario describir previamente el marco teórico básico que en el que se circunscriben las discusiones sobre la determinación, aplicación y finalidad del estándar de prueba.

El estándar de prueba es una regla jurídica de orden epistemológico y político-moral, cuya finalidad es *distribuir* los riesgos de error en la toma de decisiones sobre los hechos.⁶ Como varios autores han señalado, la determinación del estándar de prueba, esto es, el *umbral* o *modelo*⁷ que fija la suficiencia exigida para la corroboración de un determinado enunciado fáctico, constituye la

⁴ Según expone Ferrer, las tesis centrales de esta tradición, son: a) la averiguación de la verdad como objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial; b) la aceptación del concepto de verdad como correspondencia, por ser éste el más adecuado para dar cuenta de las exigencias de la aplicación del derecho, y c) el recurso a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba, por ser éstos los mejores instrumentos disponibles para maximizar las probabilidad de que la decisión adoptada sobre los hechos se corresponda con la verdad (FERRER, 2007: 19). Entre sus principales exponentes, se encuentran: Michele Taruffo, Larry Laudan, Jordi Ferrer, Marina Gascón Abellán y Daniel González Lagier.

⁵ Siguiendo la clasificación y terminología expuesta por Jordi Ferrer (FERRER, 2007).

⁶ En éste sentido, entre otros: GASCÓN, 2012: 78 y ss.; STEIN, 2005: 13-133 y 134 y ss.; LAUDAN, 2006: 68; FERRER, 2007: 143). Con todo, para algunos el estándar de prueba puede operar, también, como un mecanismo de reducción del error (STEIN, 2005: 119 y ss.; LAUDAN, 2006: 117; LAUDAN y SAUNDERS, 2009; LAUDAN, 2009; LAUDAN, 2011; y AGUILERA, 2016). Si bien el meollo de este asunto, a nuestro juicio, merece no solo un tratamiento analítico sino también empírico, a grandes rasgos se puede decir que, la *distribución* asume como punto de partida la probabilidad del error en la decisión, la que debe ser distribuida de acuerdo a los valores e intereses en riesgo; mientras que la *reducción*, la posibilidad de que, a través de la formulación de uno u otro estándar de prueba, se reduzca o minimice efectivamente dicha probabilidad, aumentando correlativamente la de adoptar una decisión verdadera (i.e. correspondiente con los hechos).

⁷ Teniendo en cuenta las diferentes formas en que puede ser concebida la aplicación del estándar de prueba, en el sentido de cómo se determina que un enunciado fáctico ha superado el estándar de prueba, estos conceptos pueden ser explicados de la siguiente forma. Un *umbral*, por su lado, puede ser concebido como un grado o un margen de corroboración del enunciado fáctico, y que por tanto exige la aplicación de una medida específica que debe ser satisfecha por dicho enunciado; mientras que un *modelo*, en cambio, operaría como una comparación entre un sistema relativo de enunciados ideal y otro real, los que de ser inter-definibles, llevarían a la corroboración de la hipótesis de hecho en cuestión.

principal herramienta en la distribución de riesgos (entre falsos positivos y falsos negativos) en el proceso. Esta distribución de errores, mediante la fijación de uno u otro estándar, se desarrolla en base a la identificación y ponderación de los valores e intereses que pueden verse afectados en el caso de incurrir en uno u otro tipo de error (STEIN, 2005: 133; FERRER, 2007: 142). Asimismo, una vez reconocidos dichos valores e intereses, la determinación del estándar exige tomar en consideración otras circunstancias y características del delito o de la infracción, del proceso para su conocimiento, su finalidad, los sujetos que intervienen en él y la eventual sanción (LILLQUIST, 2002: 147 y ss.; LAUDAN, 2006: 54-57; FERRER, 2006: 140-141). Estas circunstancias y características –entre otras– pueden ser fácticas y jurídicas, y su consideración es relevante porque pueden influir en la eficacia del estándar adoptado para distribuir los errores.

Ahora bien, la determinación del estándar exige, como hemos visto, adentrarse en consideraciones de orden valórico-moral, lo que transforma a la decisión sobre la adopción de uno u otro estándar, finalmente, en una decisión política.⁸

En estos términos, y siguiendo las expresiones que se han utilizado en el derecho anglosajón, los estándares de prueba suelen reducirse –en términos simplísimos– a tres: (i) preponderancia de la evidencia; (ii) prueba clara y convincente, y (iii) más allá de toda duda razonable. El primero de ellos, generalmente, se reserva para los procedimientos civiles, por cuanto se considera que en estos los valores e intereses en conflicto son de orden privado, y que lo que a las partes afecte, no es extensible a la sociedad; mientras que el último, propio de los procesos penales, refleja el interés de la sociedad en resguardar, prácticamente a toda costa, la libertad de las personas, en el sentido de que la privación de la misma sólo se limite a aquellos casos en que cualquier hipótesis alternativa, distinta a la de la culpabilidad, no se estime razonable conforme a los antecedentes del caso. El intermedio, por su parte, se ha estimado operar, para aquellos procesos en los que la verificación de las hipótesis de hecho gatilla la aplicación de normas o la configuración de determinadas figuras jurídicas que conllevan la afectación de intereses o valores jurídicos que no siendo de carácter penal, tampoco son indiferentes para la sociedad.⁹

⁸ Como señala Jordi Ferrer: “(...) la definición concreta de cada estándar de prueba presupone una decisión valorativa que corresponde hacer al poder legislativo. (...) la determinación misma del nivel de corroboración exigido a una hipótesis fáctica en los distintos procesos judiciales y en las distintas fases de esos procesos es consecuencia de una valoración acerca de la distribución de errores que se considera admisible, valoración que corresponde hacer a cada sociedad y no al teórico del derecho” (FERRER, 2007: 142 y 143).

⁹ El uso de estas versiones, modalidades o formulaciones del estándar de prueba son comunes (sobre todo en el derecho anglosajón), y los matices analíticos en la justificación de la adopción de uno u otro no muy radicales. Al respecto, ver: FERRER, 2007: 139 y 140; en un intento de aproximar las expresiones al derecho continental, TARUFFO, 2008:

Importa enfatizar que la tradición racionalista de la prueba, en lo que se refiere al estándar de prueba y la decisión sobre los hechos que en base a este se adopte, constituye una reacción a la denominada concepción o tradición subjetivista, caracterizada por reservar al fuero interno del juzgador, la decisión última sobre el estándar de prueba aplicable y si el enunciado fáctico ha cumplido con el grado de suficiencia que aquel exija.¹⁰ Esta línea dogmática se suele identificar por la recurrente utilización de conceptos de orden subjetivo, tales como la *convicción del juzgador*, *la íntima convicción*, *la certeza moral*, *la creencia personal*, entre otras.¹¹ Las principales críticas que –siguiendo a Laudan– la tradición racionalista le formula, son: (i) que impide el control intersubjetivo sobre la decisión de los hechos, ya que no hay forma de desentrañar el fuero interno del juzgador; (ii) que hace perder claridad al estándar de prueba, en tanto regla jurídica, obstaculizando su aplicación por parte del juzgador; y (iii) que no representa adecuadamente el contrato social que se haya adoptado sobre la ratio de falsos positivos y falsos negativos (LAUDAN, 2006: 88).

Asimismo, se distingue también, en lo referente a la concepción de los distintos estándares de prueba y a la forma en que estos operarían, de las formulaciones probabilístico-matemáticas del estándar de prueba (describiendo y criticando: FERRER, 2007: 88 y ss.; TARUFFO, 2010: 246 y ss.; GASCÓN, 2012: 81-85; y defendiendo y proponiendo un modelo, KAPLOW, 2012: 756-

137-139; GASCÓN, 2012, 78-81; ALLEN y STEIN, 2013: 558 y ss.; ALLEN, 2014: 199-200. Sin embargo, de acuerdo a cierta tradición analítica, los objetivos pretendidos (ex post) de obtener una decisión cercana a la verdad y la de distribuir probabilísticamente el error en base a uno u otro estándar de prueba es una pretensión equivocada sino derrotada, que debe ser reemplazada por mecanismos que incentiven conductas deseables socialmente ex ante (KAPLOW, 2012: 756-762).

¹⁰ En éste sentido, respecto el *‘más allá de toda duda razonable’*, en los Estados Unidos, Laudan señala: *“It will probably not have escaped your notice that almost all the familiar glosses on BARD (as moral certainty, as firm or abiding conviction, as a belief on which you would base important actions and so on) define it in terms of the target mental state of the juror. He or she must be ‘firmly convinced’, ‘almost certain’, ‘fully persuaded’ with a ‘satisfied conscience’ about guilt before a vote for conviction is indicated. It is no accident that these glosses focus on the subjective state of the juror. On several occasions, the Supreme Court has underscored its belief that the right way to characterize the presence or absence of reasonable doubt is in terms of the ‘subjective state of mind’ that jurors should be in if they are to condemn or acquit the accused”* (LAUDAN, 2006: 51). En similar sentido, en los sistemas de tradición continental, se utilizan expresiones y figuras como la “convicción” o la “intime conviction”; ésta última, que en Francia es concebida como el estado que debe adquirir el juez sobre los presupuestos de hecho de la decisión). En materia administrativa, por ejemplo, se ha señalado que la convicción psicológica del juzgador es el *“elemento finalista de la prueba”*; cuestión a la que adscribiría la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia de diversas jurisdicciones (BARRERO, 2003: 47-48)

¹¹ Al respecto, Michele Taruffo, afirma: *“Así, pues, existen líneas de pensamiento para las que la libre convicción del juez equivaldría al arbitrio subjetivo de cada juzgador, quien, precisamente, dispondría de libertad para valorar las pruebas según sus preferencias personales, con la única condición de tener la <<certeza moral>> de esas preferencias”* (TARUFFO, 2008: 272).

762),¹² las que no deben confundirse ni con las teorías probabilísticas de valoración de la prueba – que en definitiva condicionan al estándar de prueba a operar también, en términos probabilísticos–, ni tampoco, con la prueba estadística o las probabilidades como elemento de juicio (HAACK, 2014: 56 y ss.).

Finalmente, y teniendo en cuenta un debate que ha surgido en los últimos años, la tradición racionalista de la prueba, se aparta también de la concepción bienestarista (“welfarist or economic-based approach”) del estándar de prueba, que se sustenta en una perspectiva ex ante, que se enfocada en lidiar con la cuestión referente a qué tan bien una regla directamente alcanza los objetivos del derecho sustantivo (POSNER, 1977; POSNER, 1999; SHAVEL, 2014; KAPLOW, 2012); es decir, según señalan Cheng y Pardo, se preocupan en cómo el estándar de prueba afectará las conductas futuras y si acaso dicho comportamiento incrementará o reducirá el bienestar general (CHENG y PARDO, 2015).

2. Inadecuación e insuficiencia del enfoque tradicional: el derecho administrativo sancionador como manifestación del ius puniendi estatal.

En el año 2003, se promulgó la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (“Ley N° 19.880” o “LBPA”), poniendo término así a una permanente crítica respecto del ordenamiento jurídico administrativo chileno, y dando inicio, a su vez, a una nueva etapa en la dogmática y práctica del derecho administrativo chileno.

Esta ley, tal como se ha indicado por diversos autores, está fuertemente inspirada, hasta el punto de copiar reglas expresas, en la Ley N° 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de España (“Ley N° 30/1992” o “LPAC”). La influencia de la Ley N° 30/1992, y de su antecesora, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, no sólo es evidente en el ordenamiento jurídico chileno, sino en los latinoamericanos en general.¹³

¹² Sobre una reciente propuesta en éste sentido, ver: CHENG, 2013: 1254-79. Asimismo, una revisión crítica de su trabajo, en: ALLEN y STEIN, 2013: 557-602.

¹³ Así, se ha afirmado: “[Esta Ley] ha tenido una enorme importancia, no sólo en el propio desarrollo del derecho administrativo español, el cual es, precisamente, a partir de finales de la década de los cincuenta que comienza a

De esta forma, algunas de las prácticas y desarrollos jurisprudenciales y dogmáticos que se han generado en España, en el marco de los procedimientos incoados por la Administración del Estado, han sido *transplantadas* al ordenamiento jurídico chileno.¹⁴ De estas, quizás la más importante es la denominada “*aplicación matizada de los principios y garantías penales al procedimiento administrativo sancionador*”, doctrina española de origen jurisprudencial,¹⁵ que desde la década de los 90’ se comenzó a utilizar también en Chile, y cuyos efectos han alcanzado la discusión sobre la determinación del estándar de prueba aplicable en los procedimientos administrativos sancionatorios.

La doctrina de la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo se manifiesta en diversos ámbitos del derecho administrativo, pero especialmente, en el disciplinario y el sancionatorio. El fundamento último que haría posible, jurídicamente, la aplicación de los principios y garantías penales al procedimiento administrativo sancionatorio, es que al ser ambas el resultado del ejercicio de potestades estatales por parte del Estado, tanto la sanción como la pena son la manifestación de un mismo *ius puniendi estatal*. En éste sentido, el escenario jurisprudencial chileno, el hito clave corresponde a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 244, de 26 de agosto de 1996. En ella, “*el tribunal expresa como regla*

renovarse y a alcanzar los extraordinarios niveles de excelencia de la actualidad, sino el desarrollo del derecho administrativo contemporáneo de América Latina, pues, puede decirse, que en una u otra forma dichas leyes reguladoras de la actividad administrativa que se han dictado en nuestros países, en las últimas cuatro décadas se inspiraron en la española” (BREWER-CARIAS, 1990: 24).

¹⁴ Si bien en Chile no se ha realizado un análisis riguroso sobre este fenómeno, en clave comparativista, utilizamos la expresión (transplante) propia de dicha disciplina, pues creemos que, habiendo una discusión en vías de superación (la de la identificación ontológica y deontológica entre derecho penal y administrativo), el próximo paso será intentar explicar su origen, causas y particularidades. Con todo, es difícil encontrar una definición unívoca del término “transplante legal” y, por tanto, sólo para efectos de conducir el presente trabajo, utilizaremos como definición de *transplante legal*, la siguiente: “(...) any legal notion or rule which, after being developed in a “source” body of law, is then introduced in another, “host” body of law” (GELLER, 1994-1995: 199). Más detalles y discusiones, en: WATSON, 1974; LEGRAND, 1997; CAIRNS, 2013).

¹⁵ **Jurisprudencialmente**, el punto de partida de esta doctrina se identifica con la sentencia de 9 de febrero de 1972, del Tribunal Supremo Español, que, en éste sentido, señala: “(...) las contravenciones tipificadas (en un reglamento administrativo) se integran en el supraconcepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas entre las cuales se encuentra tanto el ilícito administrativo como el penal (...)”. Esta decisión –como señala Nieto–, sería luego calificada por la sentencia de 13 de octubre de 1989 (Ar. 8386) como una “*decisión histórica*”, como un “*leading case*” y como “*el origen y partida de la equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el ius puniendi del Estado*” (NIETO, 2005: 126). **Doctrinalmente**, la aplicación de las garantías penales en el procedimiento administrativo sancionador puede ser explicada históricamente utilizando diversas fuentes. La más cercana a nuestro entorno –según expresa Raúl Letelier– se corresponde con el influyente trabajo que Eduardo García de Enterría escribiera en 1976 (LETELIER, 2017: 622-689). Refiriéndose el autor, a: GARCÍA DE ENTERRÍA, 1976: 399 y ss.). Raúl Letelier, a su vez, indica que éste tiene como antecedente tanto el seminal artículo de Parada (PARADA, 1972), como la sentencia de 9 de febrero de 1972 del Tribunal Supremo Español, que luego pasaría casi sin variaciones a la que es, desde hace décadas, la principal fuente de consultas sobre derecho administrativo español (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004).

general que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República (CPR) deben aplicarse al derecho administrativo sancionador toda vez que “ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado” (LETELIER, 2017: 625).

A pesar de la frecuente referencia a dicho fundamento –afirma Letelier–, incluso en España resulta difícil encontrar alguna explicación del *por qué*, que sea clara y consistente (LETELIER, 2017: 628-634). Por el contrario, cuando se intenta analizar en detalle el fundamento, se revelan una serie de problemas lógico-jurídicos, derivativos del inadecuado sustento ontológico y deontológico de la doctrina.¹⁶ En razón de ello, tradicionalmente se presupone una especie de jerarquía del derecho penal sobre el derecho administrativo, y específicamente, sobre el derecho administrativo sancionador, que se traduce en la aplicación de los principios penales a éste último.¹⁷

Ahora bien, la aplicación de los principios y garantías del derecho penal no es una doctrina que se haya mantenido inalterada en el tiempo. La jurisprudencia española ha reconocido con cada vez más frecuencia, y asimismo la chilena –pero ambas con un escueto y reducido desarrollo dogmático–, que la aplicación de los principios debe ser *matizada*.¹⁸ En éste sentido, el Tribunal Constitucional Chileno ha venido consistentemente aplicando la doctrina de la *matización*, a partir de las STC Rol N° 479/2006 del 8 de agosto de 2006 (C. 10°)¹⁹ y Rol N° 480/2006 del 27 de julio de 2006 (C. 5°).

¹⁶ Sin considerar en el análisis, por tanto, el elemento teleológico o finalista de cada sistema. Al respecto, ver: CASERMEIRO, 2010: 242-247.

¹⁷ En similar sentido, Letelier agrega otros cuantos: (i) “*La identidad en la derivación del mismo ius puniendi se muestra, así, incapaz de entregar mayores respuestas porque refleja una conclusión extremadamente básica y primitiva. En tanto asociar un resultado negativo mediante un medio coactivo al incumplimiento de determinados deberes puede ser considerado una “pena”, muchas de las acciones públicas pueden entenderse como derivadas de ese poder.*”; (ii) “*El discurso de la aplicación de garantías penales colocaba el énfasis en la identidad del ius puniendi mostrando como una acción de mera derivación lógica la aplicación de la garantía de la personalidad de la pena*”; (iii) “*En conclusión, con el referido discurso de aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas se pretende privar a los actos administrativos de su contenido normativo, colocando a la justicia contencioso-administrativa no como una instancia de revisión de normas ya existentes sino como una instancia de co-generación normativa*”; y (iv) “[*Suponer*] la identidad del ius puniendi y la prevalencia del legislador para imponer penas, se cae necesariamente en el absurdo de suponer que la regla general es la sanción penal y que la vía residual, en cambio, es la administrativa, lo cual a todas luces se contradice con la realidad” (LETELIER, 2017: 633, 669, 670 y 672 nota n° 169).

¹⁸ Como señala Letelier, esta referencia a los matices es también idéntica en los trabajos de García de Enterría y en diversas sentencias del TC español. Diversas sentencias del Tribunal Constitucional chileno, referentes a los “matices”, son analizadas por Camila Boettiger (BOETTIGER, 2009: 577 y ss). En similar sentido: CORDERO, 2014: 343 y ss.

¹⁹ STC (2006) Rol N° 479. C° 10: “*(...) aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, ‘con matices’, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*”.

Sin embargo, esta jurisprudencia, además de ser inadecuada, no considera el contenido de la Ley N° 19.880. En efecto, si bien la Ley N° 19.880 es una copia idéntica en muchos aspectos de su hermana española, aquella da un tratamiento especial y detallado a los que denomina “principios del procedimiento administrativo”, conjunto normativo del que ésta carece. Esto es importante por diversos motivos, pero principalmente, porque el supuesto problema que la jurisprudencia chilena intenta resolver acudiendo a los principios penales, en realidad ya viene resuelto, *en gran medida*, por el legislador, al menos desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880.²⁰ En efecto, el contenido de la Ley N° 19.880 hace innecesario recurrir a los principios penales, al menos a aquellos que tienen por objeto asegurar, directa o indirectamente, la dialéctica del procedimiento,²¹ la distribución de riesgos y la obtención de una decisión cercana a la verdad. Asimismo, las diferencias entre uno y otro tipo de procedimiento, en el derecho chileno, han sido recientemente observadas por Alex Van Weezel, quien, a partir de un análisis de la jurisprudencia y doctrina tradicionales, aboga por la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho administrativo sancionatorio (VAN WEEZEL, 2017: 997-1043).

Lo anterior, sin embargo, ha sido frecuentemente obviado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, lo que ha hecho más difícil enfrentar las consecuencias negativas de éste *transplante legal*, que han opuesto una tremenda resistencia a los intentos de una minoría doctrinaria emergente en el país, que aboga por “un retorno a lo administrativo” (LETÉLIER, 2017: 625).

En éste orden de ideas, el problema más importante y que se deriva del ya expuesto, en lo referente al estándar de prueba, es que para su formulación, la doctrina y jurisprudencia tradicionales en Chile, han acudido al mismo recurso, esto es: determinar el estándar de prueba en base a la aplicación matizada de los principios penales, concluyéndose en términos generales, que el estándar de prueba aplicable sería el estándar intermedio de la prueba clara y concluyente.²² Un

²⁰ Digo “en gran medida” porque no todos los principios consagrados en la Ley N° 19.880 tienen por objeto proteger, a su vez, en la misma forma e intensidad, aquellos valores jurídicos y epistémicos que resguardan los principios propios del proceso penal. Sin embargo, tres de ellos son de particular relevancia, tales como el de imparcialidad y probidad, el de contradicción y la presunción de inocencia. Asimismo, creo que se podría desarrollar la idea de que hay ciertos principios que son comunes a todo proceso de adjudicación, en tanto la principal garantía que los mismos intentarían resguardar sería siempre, en definitiva, de carácter epistemológico.

²¹ Utilizo la expresión, en términos similares pero adecuados al procedimiento administrativo sancionatorio, esbozada por Giulio Ubertis (UBERTIS, 2017: 35 y ss.).

²² Esta ha sido, por ejemplo, la doctrina adoptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de libre competencia (Sentencias Roles N° 19.806-2014, de fecha 29 de enero de 2015; 2.578-2012, de 7 de septiembre de 2012; 5.128-2016, de 12 de octubre de 2016); del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Sentencias Roles N° 136/2014, 141/2014, 145/2015 y 148/2015); de la Corte de Apelaciones de Valdivia (Sentencia Rol N° 1-2012 TRI) y

primer error de dicha conclusión radica en considerar al estándar de prueba, así sin más, como *un principio* que podría ser matizado, en base a una comparación entre los procesos penales y civiles. Pero más relevante, es que dicha formulación se ha hecho sin considerar las particularidades, es decir, la naturaleza y finalidad, de la decisión administrativa en el caso concreto.²³

3. Naturaleza y finalidad del procedimiento administrativo sancionatorio y mecanismos de intervención sancionatoria.

El título del presente apartado nos conduce a analizar dos temas que, siendo rigurosos, permiten trazar importantes diferencias entre el procedimiento administrativo con los penales y civiles. La naturaleza y la finalidad del procedimiento sancionador, por una parte, será explorada desde la perspectiva del rol que cumple la Administración en el Estado de Derecho, es decir, las atribuciones y la función que cumple la Administración para satisfacer los objetivos y resguardar los intereses públicos que le han sido encomendados (especialmente, en los procedimientos sancionatorios); mientras que los mecanismos de intervención sancionatoria, por la otra, en razón a las formas que las decisiones sancionatorias pueden adoptar para cumplir con dichos objetivos y cautelar los intereses públicos.

Cuando nos referimos a la naturaleza y finalidad del procedimiento sancionatorio, en oposición a la penal, estamos haciendo referencia a su *ethos*, a las razones que justifican su elección como modo de expresión respecto de una contravención al ordenamiento jurídico, o cómo afirma Letelier, a su lógica, esto es, “*los motivos que llevan a una sociedad organizada jurídicamente a adoptar diversos tipos de decisiones sancionatorias, buscando las razones de política pública que justifican la adopción de una u otra*” (LETELIER, 2017: 636).

La finalidad del procedimiento administrativo sancionador, se ha señalado “*(...) en caso alguno es generar un castigo al infractor como forma de retribución de su pecado, sino simplemente hacer coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo*

de los Tribunales Tributarios y Aduaneros (Sentencia RIT ES-10-00029-2013, de fecha 19 de julio de 2013; y en la Sentencia RIT ES-10-00003- 2015, de fecha 28 de abril de 2015, ambas de Concepción).

²³ La única y más notable excepción a lo anterior, como veremos, se expresa la prevención pronunciada por los Ministros Tapia y Arancibia, en la reciente sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Nº 160/2017, de fecha 28 de diciembre de 2017). Asimismo, en materia ambiental, si bien aún no existe un claro pronunciamiento por parte de los Tribunales Ambientales, sólo un trabajo se aleja de la clásica tendencia de la doctrina administrativista general (PINILLA y HERNÁNDEZ, 2016: 542 y ss.).

aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afecta los deberes de ese estándar” (LETELIER, 2017: 637). Tal como lo indicase Parejo, *“si la pena tiene condición retributiva (quia peccatum), la sanción impuesta en el ámbito doméstico (administrativo) tiene naturaleza distinta en la medida en que sólo persigue la simple corrección de las conductas (ne peccetur)”*; y en esta misma línea, se refiere a la sanción administrativa *“como una técnica más al servicio de la efectividad de las políticas públicas formalizadas en los programas legales a ejecutar por la Administración”* (en, CORDERO: 2014: 7). Finalmente, concluye Silva Sánchez, *“El Derecho administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración”* (SILVA-SÁNCHEZ, 2001: 126).

Estas ideas ya se expresan, en clave finalista o teleológica, y no puramente ontológica y/o teleológicas. Rando Casermeiro afirma que, si bien esta no es la perspectiva determinante para distinguir entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, es la que más luces ha echado sobre el problema (CASERMEIRO, 2010: 242 y ss.; y en similar sentido, VAN WEEZEL, 2017: 1007-1009). Esta posición es categórica. Así, Casermeiro propone, junto con adoptar una perspectiva teleológica para la distinción entre el derecho pena y el administrativo sancionador, dejar de lado completamente los criterios que ha propuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar el grado de matización en la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador: el tipo de ordenamiento jurídico, la naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción.²⁴

Ahora, si bien estamos de acuerdo en que una diferenciación realizada *únicamente* en base dichos criterios debe ser abandonada, ya que se trata de criterios materiales, ónticos, que nada dicen *por sí mismos* sobre la finalidad de uno y otro proceso, ello no puede plantearse en términos tan categóricos ni, menos aún, absolutos. En materia de determinación del estándar de prueba, y precisamente porque ello obedece a razones teleológicas (distribución del riesgo de error y eficacia de la decisión), no pueden dejarse de lado ciertas cuestiones ontológicas (como el tipo de infracción y la gravedad de la sanción). En otras palabras, el cambio de paradigma o perspectiva de diferenciación entre derecho penal y administrativo sancionador y, sobre todo, del estándar de prueba aplicable en uno y otro caso, no puede ser concebida, categóricamente, de una u otra forma;

²⁴ En éste sentido, téngase como principal referente de la jurisprudencia del TEDH, la Sentencia de 08 de junio de 1976, caso Engel y otros (Tol 163349); aunque posteriormente afinada, en la Sentencia de 28 de junio de 1984, caso Öztürk (Tol 230579).

es decir, que ésta se explique principalmente en términos teleológicos, no excluye que ciertos elementos ónticos sean útiles en el análisis.

La decisión sancionatoria, asumiendo ya que se trata de un mecanismo de intervención consustancial a la regulación y al objetivo de la administración de mantener un determinado estándar conductual de los regulados, son principalmente dos: la disuasión y la corrección. La disuasión, *ex ante*, de conductas futuras que puedan atentar en contra dicho estándar; la corrección, *ex post*, de conductas que ya lo hayan hecho (LETELIER, 2017: 637). Si bien en el ámbito de la teoría de la pena, la discusión sobre su función aún se expresa en términos de la oposición entre teorías retributivas y consecuencialistas o utilitaristas (VALENZUELA, 2017: 59-60), la doctrina administrativista contemporánea asume que la decisión sancionatoria no se caracteriza por tener una función retributiva o de reproche en contra de las conductas infraccionales. Con todo, mientras la lógica de la sanción penal se mueve en un contexto de *ultima ratio*, la de la sanción administrativa lo hace como *prima ratio* de la coacción administrativa.²⁵ Por ello se afirma, más preciso es hablar, en el derecho administrativo sancionador, de un *ius corrigendi* y no un *ius puniendi*.

En todo caso, con independencia de cuál sea la función de la sanción, ésta siempre consistirá de una intervención del poder estatal en contra del ciudadano o regulado, concebible en términos de una afectación material a sus derechos fundamentales (MONTT, 2012: 19-20). De esta forma, el solo hecho de que la función de la decisión sancionatoria no sea castigar al infractor, no es razón suficiente para excluir del análisis referente a la determinación del estándar de prueba, la magnitud y efectos de la sanción en sus derechos y/o patrimonio. En este orden de ideas, si se asume que toda sanción administrativa constituye una afectación al regulado, esta afectación, en términos de gravedad, no puede ser presumida en términos abstractos por el solo *tipo* de sanción, sino *caso a caso*, de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso.

Todo esto fuerza a realizar el análisis sobre la determinación o formulación del estándar de prueba en el procedimiento administrativo sancionatorio ambiental atendiendo a sus propias

²⁵ Letelier, refiriéndose a la sanción administrativa en comparación con la penal, señala que, según Welzel, en las primeras “*el disvalor de hecho se agota en la simple sanción. El empleo de la pena se realiza, menos por esta infracción insignificante, que para asegurar el objetivo de política económica. La pena es aquí primeramente medida finalista, que es dictada por regla general como “pena de orden”, por la autoridad administrativa*” (WELZEL, 1956: 22). En similar sentido, aunque en otro modelo de adjudicación, véase la prevención de los ministros Arancibia y Tapia, en la Sentencia N° 160/2017, de fecha 28 de diciembre de 2017, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

particularidades. Para se tendrán en consideración la finalidad y eficacia de la intervención administrativo-sancionatoria ambiental, las características y estructura del procedimiento y de la decisión sancionatoria, y los intereses en juego que se pueden ver afectados por el error en la decisión.

III. Algunas particularidades del procedimiento administrativo sancionatorio ambiental

La Superintendencia del Medio Ambiente tiene por principales funciones, fiscalizar y sancionar los incumplimientos a la normativa ambiental que se encuentre dentro de la esfera de su competencia. En éste sentido, la SMA opera como el agente estatal fiscalizador y sancionador de los “instrumentos de gestión ambiental”, particularmente de las resoluciones de calificación ambiental, las normas de emisión y los planes de prevención y descontaminación.²⁶

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en dichos instrumentos, de acuerdo a la LOSMA, constituyen infracciones ambientales de competencia de la SMA, la cual, frente a ellas, puede dar inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio. Este procedimiento sancionatorio, se encuentra regulado expresamente en la misma LOSMA, y supletoriamente, por la Ley N° 19.880.

Mucho se puede decir respecto de la forma en que el legislador ha regulado este procedimiento. Sobre su naturaleza (inquisitiva o adversarial), su objetivo o finalidad (balance o equilibrio entre la protección del interés general ambiental y los derechos e intereses de los regulados) y el carácter de los mecanismos de intervención que entrega para cumplir con dichos objetivos (disuasivos y correctivos). Reconociendo estas cuestiones, lo que aquí nos interesa dice relación, principalmente, con la suficiencia y adecuación de la técnica legislativa utilizada en la LOSMA, expresada a través de sus normas adjetivas y sustantivas, para garantizar la eficacia de la intervención administrativa ante los supuestos infraccionales y las consecuencias o efectos asociados a estos. El análisis de esta cuestión se realizará intentando responder la siguiente

²⁶ Cada uno de estos instrumentos cumple una finalidad distinta en el sistema de control ambiental chileno, preocupándose de la regulación de los riesgos al medio ambiente y a la salud de las personas, que se originan por la ejecución de algún proyecto o actividad que el legislador ha estimado necesario someter a evaluación ambiental, o debido a las emisiones de ciertos compuestos o combinaciones de ellos a algún cuerpo receptor como el agua, el aire o el suelo, o por el estado y grado de contaminación en una determinada área.

pregunta: ¿la técnica legislativa utilizada, permite a la administración obtener un adecuado y suficiente conocimiento de los presupuestos fácticos de la infracción y de las consecuencias o efectos asociados a esta, para consecuentemente adoptar un mecanismo de intervención que sea eficaz?

Es difícil dar una respuesta a esta pregunta sólo en base a un estudio normativo y analítico, y muy probablemente éste no estará completo si no se cuentan con datos empíricos. No obstante, en lo que sigue se expondrán algunas ideas que permiten adelantar una respuesta a dicha pregunta. Para ello se identificarán los intereses y valores que se enfrentan en el procedimiento y pueden verse afectados con la decisión sancionatoria y se determinará si el legislador ha priorizado el resguardo de unos por sobre otros. Seguidamente, se expondrán algunas cuestiones respecto la estructura del modelo sancionatorio que ha establecido el legislador, particularmente en lo que se refiere a los enunciados fácticos que pueden ser objeto de prueba en el procedimiento. Finalmente, se analizarán las reglas adjetivas y sustantivas que influyen, positiva o negativamente, en la verificación de dichos enunciados. Todo este análisis se enfocará desde la perspectiva de la distribución del riesgo de error en la decisión, esto es, principalmente, del estándar de prueba que debería operar sobre dichos enunciados.

1. Los intereses y valores involucrados

Es común denominador en todo trabajo que se sustente en la tradición racional de la prueba, determinar el estándar de prueba y consecuentemente el mayor o menor grado de corroboración de las hipótesis de hecho, de acuerdo a la forma en que la “sociedad” ha decidido distribuir el riesgo del error en la decisión.²⁷

Este riesgo de error, y la forma en que se distribuya, va depender de los intereses y valores cuya afectación, en definitiva, esté asociada a la decisión que se adopte. En términos muy generales, como ya se ha expuesto, esta distribución suele identificarse de acuerdo a la naturaleza del procedimiento jurisdiccional (o de adjudicación) de que se trate.²⁸ Sin perjuicio de que la aplicación de uno u otro estándar de prueba no se debería condicionar ni exclusiva ni

²⁷ En éste sentido, entre otros, ver: STEIN, 2005: 133; FERRER, 2007: 142.

²⁸ No nos adentraremos aquí en la discusión sobre si los procedimientos sancionatorios tienen o no una naturaleza jurisdiccional. Basta con asumir, como hemos señalado, de que se trata de procedimientos de adjudicación respecto la responsabilidad de determinados ilícitos.

necesariamente al tipo de procedimiento, aquella ha sido tónica para la definición del estándar de prueba en los procedimientos administrativos. Por tanto, al justificar la determinación específica del estándar, raramente se encuentra un razonamiento que se sustente en una clara identificación y análisis de los valores e intereses en juego. Al contrario, lo común es que la literatura o la jurisprudencia posicionen al estándar de prueba en una posición intermedia entre el civil y el penal, o que derechamente se desprenda éste último, todo ello –como se ha visto– en base a una inadecuada e insuficiente aplicación de la doctrina matizada de los principios penales al procedimiento sancionador.

Por el contrario, el tema de los intereses y valores que pueden verse afectados con la decisión sancionatoria, en el procedimiento administrativo sancionatorio ambiental, puede ser enfrentado en base a la clásica distinción entre intereses privados o particulares, por una parte, e intereses públicos o generales, por la otra. Ante la ausencia de un estándar de prueba o estándares de prueba establecidos por el legislador, resulta necesario avocarse a identificar cuáles son los intereses o valores en juego que sirvan de base para su determinación.

El procedimiento sancionatorio ambiental y la decisión sancionatoria no busca proteger al sujeto regulado sino un interés general específico, a saber, el medio ambiente o la salud de la población (en similar sentido, PINILLA Y HERNÁNDEZ, 2016: 543),²⁹ mediante la disuasión ex ante y/o la corrección ex post de conductas que atentan en contra de las obligaciones establecidas

²⁹ En éste sentido, el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas “*el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*”, y seguidamente establece que “*es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza*.”. Asimismo, el inciso 1° del artículo 3 de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, dispone que “*La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en 1999 forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley (...)*”; agregando en su inciso segundo que, para ello, “*(...) deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes*”. Luego, el artículo 2 de la LOSMA, en su inciso primero, sostiene que “*La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley*”; así como su artículo 3 letra o), agrega que es función y atribución de la Superintendencia “*imponer sanciones de conformidad a lo señalado en la presente ley*.” Finalmente, no se debe obviar que, en el entendido que los derechos garantías reconocidos en la Constitución no son absolutos, esta dispone en su artículo 19 N° 26, que: “*La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*”

en los instrumentos de gestión ambiental cuya fiscalización y sanción sean de competencia de la SMA.³⁰

En términos dogmáticos más generales, se ha señalado que en el caso del derecho administrativo ambiental *“El mandato de protección tiene un alcance muy amplio: tiene por finalidad reparar los daños al medio ambiente, hacer frente a los peligros inminentes para el ambiente, prevenir otros riesgos más remotos y reestablecer la funcionalidad de los sistemas naturales”* (SCHMIDT-ASSMAN, 2003: 131). Esto no quiere decir, como se adelantó, que los intereses o derechos del sujeto regulado –presunto infractor– no sean de relevancia para los efectos de la instrucción del procedimiento o para determinar la sanción específica a aplicar; pero tampoco significa que estos merezcan una misma protección, al *estilo garantista penal*, de sus derechos y garantías (MONTT, 2012: 19-20).³¹ Como señala Schmidt-Assman, *“(…) el hecho de que el procedimiento administrativo sea relevante desde la perspectiva de los derechos fundamentales no puede usarse para justificar la introducción desde el Derecho Administrativo de un ‘efecto retardatario’ de la acción administrativa”* (SCHMIDT-ASSMAN, 2003: 364)

De esta forma, como veremos, para cumplir con los objetivos y fines propios del procedimiento sancionatorio ambiental, y controlar que en la satisfacción de aquellos no se vulneren las garantías y derechos del regulado (presunto infractor), el legislador administrativo y ambiental ha establecido una serie de reglas adjetivas y sustantivas que en definitiva estructuran y definen el sentido del procedimiento administrativo sancionador. Esto, a su vez, es coincidente con la idea de que el derecho administrativo debe satisfacer una ‘doble finalidad’: *“la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa”* (SCHMIDT-ASSMAN, 2003: 26).

En lo que se refiere a los intereses y derechos del regulado, es decir, el presunto infractor, estos pueden verse afectados principalmente en su dimensión patrimonial, pues el procedimiento sancionatorio no consagra sanciones privativas o restrictivas de la libertad personal. Así, las infracciones leves sólo pueden ser objeto de una amonestación por escrito o de una multa de hasta

³⁰ En éste sentido, Francisco Pinilla y José Hernández señalan que: *“(…) lo que subyace a la regulación ambiental son mínimos de aceptación de riesgos sociales, para lo cual se establecen diferentes técnicas de control sobre la actividad regulada, por medio de prohibiciones y obligaciones, que incluyen desde permisos hasta reportes periódicos de información, y desde luego, un mecanismo de imposición de sanciones por sus incumplimientos, aunque con incentivos para el cumplimiento”* (PINILLA Y HERNÁNDEZ, 2016: 544).

³¹ Esta es la postura adoptada en un clásico trabajo español sobre el procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, en lo que se refiere al derecho a la prueba y a la presunción de inocencia, según el tratamiento que les ha dado el Tribunal Constitucional Español (ALARCÓN, 2007: 267-338, 338-491).

a 1.000 unidades tributarias anuales (“UTA”). Las sanciones de graves y gravísimas, en cambio, pueden ser objeto de una clausura o una revocación de la resolución de calificación ambiental, mientras que las graves, sólo de una multa de hasta 5.000 unidades tributarias anuales (“UTA”), y las gravísimas, de una multa de hasta 10.000 UTA.

Ahora bien, de acuerdo a dicha diferenciación, podría asumirse que, legalmente, la sanción más grave de todas es la multa mayor a 5.000 UTA, pero en realidad nada dice el legislador expresamente respecto de la gravedad de las sanciones. Por el contrario, suponer que una infracción es más grave que otra, en abstracto, es un error consecuencia de un análisis sesgado que no considera que, en realidad, la gravedad de las sanciones no puede ser sino determinada en concreto, caso a caso.³² Dependiendo de la capacidad económica del infractor, la vida útil remanente del proyecto, sus obligaciones con otros acreedores, los planes estratégicos para su operación y el desarrollo de sus inversiones, entre muchas otras variables, puede ser que a veces una multa sea peor que la clausura o la revocación, o esta que aquella, o viceversa. Sin embargo, es frecuente escuchar en los círculos profesionales (abogados, academia y jurisprudencia), que la peor de todas las decisiones sancionatorias sería la de la revocación del permiso ambiental, incluso asimilándola a la “pena capital” respecto de los proyectos o actividades que cuentan con ellas.

A nuestro juicio lo anterior es una afirmación que en realidad carece de sustento legal y material. Las variables materiales para definir la gravedad de la sanción son prácticamente indeterminables e indesentrañables como para ser objeto de prueba en el procedimiento, y por ello, ante la ausencia de una especificación clara asociada a la gravedad de la sanción, desde la perspectiva de cómo estas pueden afectar al regulado en concreto, no permite por si sola determinar un estándar de prueba más o menos riguroso respecto de los presupuestos fácticos que permiten clasificar una infracción como grave o gravísima; salvo quizás, aunque intuitivamente no lo parezca, en el caso ya apuntado de las multas mayores a 5.000 UTA.

Por eso, desde la perspectiva puramente legal y reglada, no hay razones para sostener que, ya habiéndose acreditado el presupuesto de clasificación de una infracción como grave, corresponda necesaria y legalmente aplicar una clausura y no una revocación, o a la inversa. Esta cuestión sí puede ser criticada fuera de los términos reglados, en la dimensión de la eficacia de la decisión sancionatoria, la que si bien se encuentra dentro de los márgenes discrecionales de

³² El único caso que quizás escapa de nuestro análisis, es el de las amonestaciones por escrito, que sólo son precedentes respecto de las infracciones leves, y que su única finalidad es disuasiva, pero sin conllevar una afectación material a los derechos y garantías del infractor.

reacción de la administración, puede ser controlada bajo la óptica de los criterios de idoneidad y necesidad de la decisión; excluyendo *quizás*, el de la proporcionalidad propiamente tal, que podría estimarse ya ha sido asumida e integrada por el legislador al momento de permitir a la administración optar por uno u otro mecanismo de intervención.³³ Es decir, ante una infracción grave o gravísima, la legalidad (en sentido amplio) de la decisión sancionatoria no va a depender de su proporcionalidad en sentido estricto, sino de su idoneidad y necesidad, criterios ambos los cuales se relacionan con la eficacia material de la decisión, incluyendo su viabilidad.

Considerando lo expuesto, en lo que sigue intentaremos demostrar que el procedimiento administrativo ambiental, de acuerdo a su naturaleza y función, y atendiendo a las reglas que lo estructuran, se rige por una lógica que en clave de epistemología jurídica tiene por principal objeto facilitar a la administración la investigación sobre los hechos y cumplir eficazmente con el fin de resguardar los intereses generales (en similar sentido, MEDINA, 2016: 103).³⁴

2. Eficacia de la intervención: Presupuestos fácticos y corrección

Una característica consustancial a la infracción administrativa, y particularmente la ambiental, es que está conformada únicamente “(...) *por tipificaciones de peligro abstracto –no exige la puesta en peligro efectiva de bien jurídico alguno- y de mera actividad, pues su antijuridicidad y desvalor viene dado por generar probabilidades más altas que las permitidas que se produzca un daño, o por privar a la Administración de la información necesaria, en tiempo, forma y lugar, para el control de esos riesgos* (PINILLA Y HERNÁNDEZ, 2016: 545). Pero esta característica sólo es concordante con la lógica de tipificación de los presupuestos fácticos de la infracción propiamente tal, y no con el resto de las circunstancias fácticas que pueden concurrir con, o producirse a propósito de, la infracción.

³³ Decimos “*quizás*”, pues la Excma. Corte de Suprema (Bocamina II) ya se ha pronunciado sobre este tema, pero a propósito de las sanciones consistentes en multa, al señalar que, en éstas, la definición específica del monto de la multa, dentro del rango que entrega cada clasificación, está sujeto al control de discrecionalidad en virtud de la proporcionalidad propiamente tal. Sin embargo, me atrevo a plantear el tema con respecto a las sanciones no pecuniarias, dado que estas no pueden ser objeto de graduación alguna, y tanto la revocación como la clausura, son procedentes tanto respecto de las infracciones graves como las gravísimas. No obstante, estas no quedarían fuera del escrutinio de la idoneidad y necesidad de la sanción, que están más asociados a criterios materiales y no de relación entre la gravedad de la infracción y la sanción, como la proporcionalidad en sentido estricto.

³⁴ Así, este autor afirma que: “*La importancia asignada a los fines del Derecho administrativo explica igualmente que cada vez con más frecuencia las leyes fijan reglas probatorias especiales, que distribuyen los errores de modo tal que algunos de los intereses implicados en el procedimiento resulten más beneficiados que otros*”.

En éste sentido, un aspecto importante de la forma en que se ha estructurado y reglado el procedimiento sancionatorio ambiental consiste no tanto en la amplísima variedad de premisas fácticas específicas que pueden ser objeto de prueba,³⁵ sino con las funciones y consecuencias jurídicas asociadas a su corroboración. En concreto, la procedencia y forma específica de los mecanismos de intervención que se pueden adoptar en las decisiones sancionatorias y, por tanto, la eficacia de estas, está condicionada a la verificación de diversas premisas fácticas, que pueden clasificarse de acuerdo al “momento o etapa del razonamiento sancionatorio”, los que encuentran consagración expresa en la LOSMA.

Con la expresión “momento sancionatorio”, se alude a una serie de elementos jurídicos que, habiendo sido objeto de análisis concatenadamente, terminan por definir la existencia, naturaleza de la infracción, y eventualmente, la sanción asociada a la misma. En pocas palabras, estas etapas o momentos serían los de corroboración de: el presupuesto fáctico infraccional (i.e. configuración de la infracción),³⁶ el o los presupuestos fácticos de calificación de la infracción (i.e. su

³⁵ Importa destacar que las obligaciones que pueden ser impuestas al regulado no son definidas sino genéricamente por el legislador, mientras que es la misma Administración, mediante su potestad reglamentaria, la encargada de describir en detalle el presupuesto fáctico de la infracción, ya sea al establecer las normas, condiciones y medidas de una autorización ambiental, o los límites de concentración de parámetros físicos y químicos en las descargas de un efluente, o las medidas de un plan de descontaminación ambiental. Esta técnica regulatoria, en todo caso, no es algo nuevo en el derecho administrativo (y especialmente, en el sancionador) y una cuestión que ha sido objeto de una importante discusión de orden administrativo-constitucional en diversas latitudes, a propósito del principio de tipicidad. Al respecto, véase: PÉREZ Y BAEZA, 2008: 49-99.

³⁶ Así, 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 3; 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 3; 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 N° 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.”

clasificación en gravísima, grave o leve)³⁷ y, finalmente, de uno o más presupuestos fácticos que son concebidos como “circunstancias modeladoras”³⁸ para determinar la sanción específica a aplicar (i.e. determinación de la sanción).³⁹

Para graficar lo anterior, téngase el siguiente ejemplo en mente. Una empresa productora de vinos, de acuerdo a su proceso productivo, emite un efluente líquido con concentraciones de parámetros físicos y químicos que, en determinados días, superó los límites de emisiones fijados en el Decreto Supremo N° 90/2001 (que establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales). Este hecho, por la sola circunstancia de superar los límites señalados, constituye una

³⁷ En éste sentido, el artículo 36 establece que: “Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se **clasificarán** en gravísimas, graves y leves.

1.- Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente: a) hayan causado daño ambiental, no susceptible de reparación; b) hayan afectado gravemente la salud de la población; c) impidan u obstaculicen deliberadamente el cumplimiento de metas, medidas, y objetivos de un Plan de Prevención o Descontaminación; d) hayan entregado información falsa u ocultado cualquier antecedente relevante con el fin de encubrir u ocultar una infracción gravísima; e) hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubriendo una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia; f) involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley; o g) constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con este artículo.

2.- Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: a) hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación; b) hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población; c) afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y/o de Descontaminación; d) involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior; e) incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental; f) conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia; g) constituyan una negativa a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla; h) constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo; o i) se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.

3.- Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.”

³⁸ En el denominado caso “Pascua Lama I” (Rol N° R-6-2013, acumulado con los roles N° R-7-2013 y R-8-2013), el Segundo Tribunal Ambiental determinó que las circunstancias contenidas en el artículo 40 no son atenuantes o agravantes, en la clásica terminología penal, sino más bien, “circunstancias moduladoras” de la sanción específica a aplicar (Considerandos 115 y ss.).

³⁹ Al respecto, el artículo 40 de la LOSMA dispone que: “Para la **determinación de las sanciones específicas** que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: a) la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; b) el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; c) el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; d) la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma; e) la conducta anterior del infractor; f) la capacidad económica del infractor; g) el cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3; h) el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado; e i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.”

infracción según lo establecido en el artículo 35 letra h) de la LOSMA. Sin embargo, para determinar si la infracción es leve, grave o gravísima, resulta necesario estarse a lo señalado en el artículo 36 de la LOSMA, que en sus numerales 1° y 2° especifica los hechos o circunstancias que, en caso de ser corroborados, permiten clasificar la infracción. De esta forma, si las pericias efectuadas revelan que: (i) la magnitud, frecuencia y extensión de las superaciones, (ii) atendiendo a las características del cuerpo receptor (río, estero, lago, canal o mar), (iii) alteraron la calidad del agua que (iv) ha sido consumida por un grupo humano (v) cuya salud ha resultado *gravemente* afectada, se estaría en presencia de una infracción que (además de superar los límites de emisión establecidos en la norma), ha generado un grave daño a la salud de la población que permite clasificar la infracción como gravísima (art. 36 N° 1 letra b).

Esto revela que, de acuerdo a la técnica legislativa adoptada por la LOSMA, una hipótesis de clasificación grave o gravísima requiere la verificación de presupuestos fácticos distintos a aquel que es propio de la hipótesis infraccional.⁴⁰ Aquellos operarían en el momento de la clasificación de la infracción; mientras que éste, en el de su configuración. En terminología probatoria, importa señalar que, en uno y otro caso, se trataría de objetos de prueba que, si bien pueden estar relacionados, se refieren a enunciados fácticos distintos, respecto de los cuales también debe operar un estándar de prueba.⁴¹ Ahora bien, la función de la clasificación de una infracción consiste en que, dependiendo de la gravedad asignada, se abren distintas alternativas sancionatorias frente a la infracción, conforme a la tipología y a los rangos señalados en el artículo 39 de la LOSMA.⁴² Todo esto permite preguntarnos, legítimamente, si el estándar de prueba que opera respecto de los presupuestos fácticos de la infracción, cualquiera sea, es el mismo para los presupuestos fácticos de la clasificación de la infracción, o si por el contrario, atendiendo la función de dichos

⁴⁰ Nótese que el único momento que es condición necesaria del resto, en el sentido de que sí o sí debe ser objeto de prueba, es el de la configuración de la infracción; o, en otras palabras, más obvias, una infracción no puede ser clasificada ni una sanción especificada, sin que previamente se haya corroborado la hipótesis infraccional, i.e. configurado la infracción.

⁴¹ Importa destacar que los enunciados fácticos que en uno u otro momento son objeto de prueba, no sólo se refieren a hechos pasados, sino a la eventual configuración de hechos futuros (riesgos), hechos previos o concurrentes con la infracción, sino también a hechos volitivos (por ejemplo, la intencionalidad en la comisión de la infracción), respecto de los cuales el plano metodológico de análisis en el que se desenvuelve la Administración es evidentemente distinto (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 34).

⁴² Artículo 39. “La sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos: a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales; b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales; c) Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales.”

presupuestos para la determinación de la sanción, se justificaría aplicar a su respecto un estándar distinto. Sobre esto nos detendremos más adelante.

Finalmente, habiéndose configurado y clasificado la infracción, la técnica sancionatoria establecida en la LOSMA prescribe que, para determinar la sanción específica a aplicar, la SMA debe adicionalmente verificar fáctica o calificar jurídicamente –según corresponda–, si dichos hechos u otros concurrentes con ellos, pueden ser subsumidos dentro de alguna de las circunstancias descritas en el artículo 40. Éste último análisis, en definitiva, concluirá el razonamiento probatorio y jurídico que debe efectuar la administración para ejercer su potestad sancionatoria.⁴³

La adecuada y más o menos precisa determinación todos estos presupuestos fácticos, y especialmente aquellos referentes al segundo y tercer momento, es una cuestión gravitante para asegurar la eficacia de la intervención administrativo-ambiental.⁴⁴ Pero también es determinante en dicho sentido, elegir adecuadamente la forma de intervención que la administración se encuentre habilitada para utilizar y, además, que ésta sea bien utilizada. En el caso de la LOSMA, los mecanismos de intervención sancionatoria de carácter correctivo son sólo dos: las clausuras (temporales o definitivas) y la revocación de la autorización ambiental.

⁴³ Cabe señalar que en un intento de reducir los márgenes de discrecionalidad y aumentar la posibilidad y calidad del control intersubjetivo de la decisión administrativa, la SMA ha dictado un documento en el que se definen, caracterizan y valorizan los elementos que son propios de cada uno de estos momentos sancionatorios. Adicionalmente, el mismo documento consagra el denominado “modelo sancionatorio” para las sanciones pecuniarias, esto es, la ecuación matemática que identifica la posición y valor de los factores que determinan el beneficio económico y el componente de afectación cuya sumatoria, en definitiva, permite precisar el monto final asignado a la multa. A la fecha se han dictado dos versiones de este documento, denominado “Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales” (2015 y 2017), ambas disponibles online, en: <http://www.sma.gob.cl/index.php/documentos/publicacion>. Cabe señalar que la utilización de estas metodologías no es una cuestión extraña en la experiencia comparada, pudiendo citarse como referencias, los siguientes documentos: “Penalty on civil policies”, Environmental Protection Agency, Estados Unidos, 1984; “Guidelines for implementing environmental penalties”, Ministry of the Environment and Climate Change, Ontario, Canadá, 2012; “Enforcement and sanctions – Guidance”, Environment Agency, Inglaterra y Gales, 2011; “Regulatory Reform (Scotland) Act 2014”, Scottish Environment Protection Agency, Escocia, 2014; “Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental”, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Colombia, 2010; “Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones”, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), Perú, 2013.

⁴⁴ En éste sentido, Schmidt-Assman define lo anterior como un “dilema de complejidad”, señalando que: *“Un sector del ordenamiento jurídico con tales objetivos estará marcado lógicamente por una complejidad extremadamente grande. Dicha complejidad se pone de manifiesto de tres formas: como problema de conocimiento, debido a la dificultad de comprensión de las interacciones entre los elementos singulares que conforman el medio ambiente natural; como problema de decisión pública, por el peligro de irreversibilidad de los daños; y como problema de gestión o distribución de recursos, habida cuenta de la multiplicidad de usos y de derechos que pretenden ejercerse sobre el objeto protegido”* (SCHMIDT-ASSMAN, 2003: 131).

Desde la perspectiva de la eficacia de la intervención administrativa, por tanto, pareciera ser que no basta únicamente con investigar y corroborar los presupuestos fácticos a que se refieren los momentos sancionatorios ya descritos, sino también aquellos que pueden influir en la eficacia de la sanción propiamente tal. Esto es particularmente importante porque las revocaciones y, principalmente, las clausuras, constituyen una decisión sancionatoria que por su propia naturaleza y finalidad generan una alteración en la realidad, y no cualquier alteración, sino una apunta en un determinado sentido (corregir) y respecto de la cual se esperan ciertos resultados (eliminación o reducción de un daño o un riesgo, por ejemplo), evitando otros.

Un ejemplo para ilustrar lo anterior, a propósito de un caso real, ocurrió cuando al decretarse la clausura parcial y definitiva de los pozos de extracción de aguas de un proyecto minero.⁴⁵ Frente a dicha sanción, el titular interpuso un recurso de reposición (reconsideración administrativa) en el que alegó que, de implementarse de forma inmediata y a cabalidad, la decisión adoptada, se generaba el riesgo de que las cañerías del sistema de riego de las pilas de lixiviación y sus respectivas piscinas, pudieran congelarse y reventarse. Esto era un problema de relevancia ambiental porque dichas cañerías contenían agua con importantes concentraciones de cianuro, el que, de liberarse y eventualmente infiltrarse en las aguas subterráneas, pondría en grave riesgo la salud de la población y el medio ambiente. Por lo tanto, ante dicho escenario, la SMA procedió a reformular la sanción adoptada, con el objetivo de gestionar adecuadamente los riesgos identificados.

En términos de eficacia de la sanción, el escenario descrito podría haberse eventualmente adelantado, no sólo en base un conocimiento más detallado sobre las características de la operación minera, sino también, de un riguroso ejercicio de previsión respecto de las consecuencias asociadas a la elección del mecanismo de intervención y la forma específica de su implementación.

Lo anterior nos obliga a referirnos a la adecuación y suficiencia de los mecanismos de intervención sancionatoria que consagra la LOSMA. Así, atendiendo a la complejidad de los hechos infraccionales y de sus efectos, así como de sus causas y de las posibilidades materiales de corrección a los mismos, sería más eficaz que el legislador otorgará a la administración un abanico más amplio y/o flexible de mecanismos de intervención. No obstante, el ampliar o flexibilizar la intervención mediante la decisión sancionatoria, es una cuestión que no puede ser resuelta analítica

⁴⁵ Este caso es conocido como “Maricunga II”, procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-014-2015.

o interpretativamente, siendo en definitiva un problema de *lege ferenda*.⁴⁶ En la práctica, lo más lejos que se ha llegado mediante dichas vías, ha sido a propósito de las clausuras que, por una parte, siendo descritas por la ley como “temporales o definitivas”, se ha entendido también que pueden ser “totales o parciales”; y en similar sentido, la complejidad operacional de algunos proyectos clausurados, ha obligado a que su implementación no pueda ser concebida “instantáneamente”, debiéndose fijarse pautas y lineamientos, así como etapas y momentos, para su implementación.

Distinto es el caso, por ejemplo, en el marco de las medidas provisionales (art. 48) y de las medidas urgentes y transitorias (art. 3 letras g y h) que puede adoptar la Superintendencia del Medio Ambiente, ante la constatación de un riesgo al medio ambiente o la salud de la población. Si bien estas formas de intervención son “provisionales” y “transitorias”, la ley consagra expresamente que puedan ser “medidas correctivas”, lo que paradójicamente, conlleva implícito que dicha corrección sea permanente. Otro ejemplo, más paradigmático, es el de los programas de cumplimiento que pueden adoptarse por los infractores, para corregir tanto las infracciones como los efectos de las mismas. En estos casos, no hay límites formales a los mecanismos de intervención correctiva, pues la ley no las predefine, pero a nivel reglamentario y jurisprudencial,⁴⁷ se han establecido, como “criterios de aprobación” (de orden sustantivo) del Programa de Cumplimiento, la integridad, la eficacia y la verificabilidad de las medidas que se fijen en el programa de cumplimiento.

La flexibilidad correctiva que entregan estos instrumentos, a diferencia de las restringidas alternativas sancionatorias (clausura y revocación) son más coherentes con la realidad fáctica en la que opera, y con los fines que persigue, un sistema regulatorio ambiental, para hacerse cargo de las consecuencias materiales asociadas a una infracción. Con todo, no vemos razones claras para impedir que, de forma independiente o en conjunto con otras medidas de intervención puramente

⁴⁶ Se puede adelantar que entregar a la discrecionalidad de la administración, la forma y naturaleza del mecanismo de intervención a través de la decisión sancionatoria, pueda ser visto como un atentado a los principios de legalidad y seguridad jurídica, y por tanto inaceptable jurídicamente. Con todo, creo que el análisis al respecto no es tan simple ni comprensible, si se realiza en términos categóricos. La definición de la cuestión, sin embargo, es algo que escapa los objetivos de este trabajo.

⁴⁷ En éste sentido, dichos criterios se han fijado en el Decreto Supremo N° 30, de 20 de agosto de 2012, que establece el *Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncias y Planes de Reparación*. Asimismo, el Segundo Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar el sentido y alcance de estos criterios, y particularmente, el de integridad, en el caso “Minera La Florida” (Rol N° R-104-2016).

disuasiva, como las multas, o incluso otras correctivas cuando no sean suficientes, puedan adoptarse al final del procedimiento sancionatorio.⁴⁸

3. Reglas adjetivas o procedimentales

En el caso de las reglas del procedimiento, como se ha esbozado, la LOSMA no establece –al menos expresamente– ni menos aún, desarrolla, garantías sustantivas o procedimentales para resguardar los intereses del regulado. Sin embargo, en éste sentido, implícitamente, se encuentran algunas reglas que se dirigen a *asegurar*, sobre todo, una adecuada dialéctica entre la administración y el regulado.⁴⁹

Así, por ejemplo, la administración debe realizar una clara y precisa formulación de cargos, conforme a lo establecido en el inciso 2° del artículo 49.⁵⁰ Esta garantía, se ha interpretado y aplicado, por parte de la jurisprudencia, como una manifestación de los principios de contradicción y seguidamente, del debido proceso conforme se desprende del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Con todo, esta regla y su concepción, no debe ser vista únicamente en clave de deóntica, sino también epistemológica, ya que a través de ella no sólo se pretende asegurar el derecho a la defensa del regulado, sino a su vez lo que de ello se desprende consecuentemente –pero no necesariamente-, que sería la confrontación de las narrativas de “las partes”, sus verdades, y como de la colisión de estas, aumenta la probabilidad (epistémica) de descubrir la verdad de los hechos.⁵¹

⁴⁸ El argumento más poderoso, pero que también estimo se sustenta en una errada concepción del problema, es el de que una situación como esta conlleve una afectación al principio ne bis in ídem.

⁴⁹ En el procedimiento administrativo sancionador ambiental, como en la gran mayoría, la posición y función de la administración en torno a la investigación de los hechos, obedece a una lógica más bien inquisitiva, ya que esta actúa como juez, parte, e incluso, perito. Esto no ha pasado desapercibido, pero suele comprenderse únicamente en clave jurídica, criticándose la imparcialidad de la administración en base a la clásica distinción entre investigar y juzgar, sin adentrarse en las repercusiones que esto puede tener en la determinación de los hechos. No obstante, el legislador, consciente de la problemática, estableció una división de funciones interna dentro de la estructura de la SMA, entregando a la división de fiscalización, la función de fiscalizar e investigar hipótesis infraccionales; a la división de sanción, la de instruir el procedimiento sancionatorio y proponer sanciones, y finalmente, al Superintendente, la de sancionar. Sobre la estructura de los modelos de adjudicación administrativa, ver: ASIMOW, 2015.

⁵⁰ “La formulación de cargos señalará una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la disposición que establece la infracción, y la sanción asignada.”

⁵¹ Una cita de Perfecto Andrés a Pagano es particularmente ilustradora en éste sentido: “La verdad es como la luz que fulgura de la oposición de dos cuerpos que chocan el uno contra el otro”. A esto, Perfecto Andrés agrega que para que dicha confrontación sea eficaz en la obtención de la verdad, “es necesario que las posiciones parciales que en él se enfrentan lo hagan con un potencial de confrontación equivalente, lo que traducido al plano jurídico quiere decir, en igualdad de derechos, que por eso deben ser igualmente tutelados”. En: ANDRÉS, 2017: 107.

Otras reglas que pueden echar ciertas luces respecto de la técnica que el legislador decidió incorporar en el procedimiento, para efectos de definir los contornos de la dialéctica entre la administración y el regulado, son de índole probatorio propiamente tal, y de ellas se desprende una clara intención del legislador de situar el control de la dialéctica en la administración e, incluso, de otorgar una cierta preeminencia de su versión de los hechos por sobre la del regulado.

Entre estas, por ejemplo, se encuentra la regla referente a la presunción de veracidad de los hechos constatados en las actas de fiscalización que levanten los funcionarios de la Superintendencia y de otros Servicios Públicos (art. 8 de la Ley N° 19.880 y 51 LOSMA). Esta presunción, no obstante, sólo tiene la calidad de una presunción *iuris tantum*, y por tanto puede ser desvirtuada por la prueba que presente el regulado. Con ello, en terminología probatoria, se produce una alteración en la carga de la prueba (la que, por defecto, generalmente, recae en la administración), tanto en su faceta de carga de probar como en la de producir prueba (MEDINA: 2016: 116 y ss.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2017: 45 y ss.)

Otras reglas que reflejan lo señalado, son aquellas que se refieren a la presentación y admisibilidad de los elementos de juicio. Primero, de acuerdo al artículo 51 inciso primero, los hechos pueden ser acreditados mediante todo medio de prueba admisible en derecho.⁵² Ahora bien, la LOSMA no dice cuáles son los criterios de admisibilidad formales en virtud de los cuales se debe determinar si un medio de prueba debe o no ingresar al procedimiento, es decir, no fija ni define reglas como la relevancia, la pertinencia o conducencia; ni tampoco señala en qué momento u oportunidad deben ser presentados dichos medios de prueba.

Segundo, la pertinencia y conducencia, por su parte, sólo son introducidos como criterios para que la SMA decida si, una “solicitud de diligencia probatoria” presentada por el presunto infractor o los interesados, será o no aceptada. Pero estas solicitudes deben ser entendidas adecuadamente. Es decir, una solicitud de diligencia probatoria no es, en sí misma, un medio de prueba; sino una petición a la SMA para que esta realice una determinada acción o gestión de la cual puede, eventualmente, surgir un elemento de juicio. Así, la pertinencia y la conducencia no

⁵² Esta norma, en todo caso, es bastante ambigua y claramente insuficiente. A nuestro juicio, sin embargo, su alcance debe limitarse a prohibir el ingreso de prueba ilícita, esto es, obtenida con infracción a las garantías o derechos fundamentales del regulado; y no de la prueba irregular, esto es, aquella obtenida con infracción de ley. Lo anterior, por cuanto no habiendo reglas formales de admisibilidad de prueba ni en la LOSMA ni en la Ley N° 19.880, resulta más coherente con la finalidad del procedimiento de adoptar una decisión lo más cercana a la verdad, el que se permita el ingreso de la mayor cantidad de elementos de juicio durante el sancionatorio. Esta regla es tri-direccional, en el sentido de que se aplica tanto respecto los medios de prueba que acompañe la administración, el presunto infractor u otros interesados en el procedimiento (i.e. los denunciantes).

operan sobre el eventual medio de prueba, sino sobre la diligencia propiamente tal, lo que no obsta a que, si se indicase cual es el medio de prueba que se pretende obtener y lo que se estime pueda revelar, éste sea considerado para determinar la procedencia de la diligencia que se solicita. No obstante, no es discutible que, en dicho momento, el medio de prueba es desconocido tanto en su valor como en su sentido, y en consecuencia no puede ser objeto de un análisis de admisibilidad. Sólo una vez que la diligencia se haya realizado y el medio de prueba haya sido obtenido podría, primero, discutirse si debe o no ser admitido (incluyendo la posibilidad de que ingrese directamente), para luego, ser valorado individual y conjuntamente con el resto de los elementos de prueba disponibles. Esto revela, nuevamente, el control que la LOSMA le entrega a la Superintendencia en el procedimiento y la investigación sobre los hechos.

Finalmente, un tema de relevancia que no puede ser ignorado, y cuya importancia pareciera haber sido reconocida implícitamente por el legislador, dice relación con la asimetría de información (y de conocimiento) que puede darse entre la administración y el regulado. Así, la LOSMA le entrega la atribución expresa a la SMA de poder realizar, incluso fuera del procedimiento, requerimientos de información al regulado. Estos requerimientos son un valioso instrumento para la administración, ya que le permiten acceder a información que se encuentra únicamente en poder del regulado o que sólo pueden ser obtenidos por éste. Incluso, el incumplimiento de estos requerimientos constituye un hecho infraccional por sí mismo sancionable; y su cumplimiento, una circunstancia que puede ser considerada como “colaboración en el procedimiento”, para modular la sanción específica a aplicar. Con todo, no es un requisito que, estos requerimientos, sean realizados identificando o precisando sus objetivos, como tampoco hay reglas claras que regulen su forma y alcances. Sólo se pueden identificar como criterios sustantivos para lo anterior, derivándose estos de los requisitos propios de todo acto administrativo con presupuestos normativos abiertos, que sean proporcionales (idóneos, razonables y proporcionales en sentido estricto), precisos y se encuentren debidamente motivados y fundamentados.

Si bien estas reglas, su sentido y alcance, y finalmente, su función en el análisis referente a la forma en que debe ser comprendida la dialéctica del procedimiento, merecen un estudio más riguroso, entregan claras luces sobre la preeminencia que el legislador entrega a la administración en la determinación de los hechos. Ello, en lo que a los valores e intereses en juego se refiere, debe ser comprendido como una preferencia por el legislador de no sólo facilitar el trabajo investigativo

de la Superintendencia (no así, necesariamente, de preferir su versión de los hechos) y, por tanto, de que esta pueda arribar a una adecuada determinación de los hechos, pues sólo entonces se encuentra en la posición de ejercer con eficacia sus funciones.

IV. ¿Un estándar fijo, múltiples estándares o un estándar de prueba variable en las decisiones sancionatorias ambientales?

Como hemos adelantado, el tratamiento de los estándares de prueba suele circunscribirse a la naturaleza o tipo de procedimiento de que se trate. No obstante, somos de la idea de que, concebir esto en términos dogmáticos casi sacramentales, es un error que puede traer aparejada la completa desnaturalización del estándar de prueba y la destrucción *ad initium* de su finalidad. No queremos con esto sostener que el tipo de procedimiento sea un elemento irrelevante para determinar el estándar de prueba, sino ponerlo en su justo lugar y otorgarle su justa importancia.

En éste sentido, el tipo de procedimiento es *un elemento más* que debería ser considerado por el legislador o, -cómo intentaremos defender- la *autoridad competente*, para determinar el estándar de prueba aplicable en uno u otro caso. El tipo de procedimiento (inquisitivo, adversarial o mixto), sus etapas, los principios que lo rijan, la forma y atribuciones del *decision-maker*, la regulación de la carga de la prueba (entendida en su dimensión como “carga de probar”), la naturaleza y alcances de la decisión que se adopte en el procedimiento judicial contencioso-administrativo (revisión y/o sustitución, de los hechos y/o el derecho), son cuestiones que deben ser consideradas a la hora de determinar cómo se quieren distribuir los riesgos a través de uno u otro estándar de prueba.⁵³ Sin embargo, son también cuestiones relevantes en dicho sentido, entre otras, la complejidad y la clase de hechos que se deben probar, el tipo de ilícito que se investiga, las características de las partes, las asimetrías de poder entre aquellas, y los valores e intereses que se pongan en juego con la decisión sobre los hechos.

Una correcta determinación del estándar de prueba es, por tanto, una cuestión bastante menos superficial y más compleja que lo que tradicionalmente suele asumirse. Por ello, y dado que el presente trabajo trata sobre la determinación del estándar de prueba, en los apartados que siguen procederemos a considerar algunas –lamentablemente no todas– de dichas cuestiones en el

⁵³ Algunas de estas cuestiones pueden ser consideradas como factores o elementos de caracterización del modelo de adjudicación administrativa. En éste sentido, ver: ASIMOW (2015).

procedimiento administrativo ambiental chileno. En particular, nos concentraremos en identificar y analizar los valores e intereses en juego con la decisión sancionatoria, los tipos de hechos que deben ser acreditados, y los presupuestos fácticos que de acuerdo a la ley deben ser acreditados en los distintos momentos sancionatorios.

Ahora bien, previamente corresponde hacer referencia a la posibilidad de que, dada la multiplicidad y variedad de cuestiones que influyen en la eficacia distributiva por haberse determinado aplicable uno u otro estándar de prueba, sea más de uno el que opere.

En éste sentido, como ya se ha señalado, algunos sostienen que el estándar de prueba es siempre uno, sólo que el grado de suficiencia que este exige *variaría* en uno y otro caso, de acuerdo a la seriedad del enunciado fáctico y las consecuencias asociadas a aceptarlo como verdadero (HO, 2008: 215 y ss.).⁵⁴ Otros, por su parte, habla de “múltiples estándares”, pero en razón de que los grados de corroboración exigibles, variarían de acuerdo a cada tipo de decisión sobre los hechos que pueda adoptarse dentro del procedimiento (LAUDAN, 2006: 54-57, 86-87; FERRER, 2007: 140-141);⁵⁵ posición que nos permite justificar, en el procedimiento sancionatorio ambiental, la formulación de distintos estándares de prueba de acuerdo al “momento sancionatorio” que se trate. Por otra parte –como HO repara–, incluso se ha sostenido que el estándar de prueba es siempre el mismo, el de la preponderancia de la evidencia o el balance de probabilidades, solo que la flexibilidad del mismo radicaría en su *aplicación*, dependiendo de las concepciones o creencias pre-existentes del juzgador respecto de la probabilidad de los hechos del mundo (HO, 2008: 219-220).

Por lo tanto, no es extraño a la teoría de los estándares de prueba, concebir que estos sean múltiples o que varíen de acuerdo a las características y consecuencias asociadas a la o las

⁵⁴ Así, luego de explicar que, más allá de las etiquetas, en la práctica, las diferencias entre el procedimiento penal y el civil no refleja necesariamente el valor de los bienes jurídicos afectados en cada caso, el autor concluye que “(...) *it is difficult to justify a categorical difference in the standard of caution for civil and criminal cases; the standard in both contexts should be determined on the same broad principle. There must be as many ‘standards of proof’ as there are material differences in the circumstances of cases—or, more accurately, there should only be one standard, a variant one.*” (HO, 2008: 217).

⁵⁵ En éste sentido, el referido autor, señala: “*I have often spoken of the criminal standard of proof, as if there were only one of them. While this is the conventional way of thinking about these matters, it is crucial to remind ourselves that there are, in fact, a plethora of different proof standards in play in any criminal proceeding. Indeed, at virtually every point where a judge or jury is called upon to make a determination of law or of fact, a SoP will be associated with that decision. At the points of arrest and arraignment, the standard is probable cause. For a grand jury indictment, the standard is proof of guilt sufficient to convict if not contradicted by defense evidence. For a decision about denial of bail, the usual standard is CACE that the accused poses a risk of flight or of danger to others.*” (LAUDAN, 2006: 86).

decisiones sobre los hechos. Ahora bien, teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, y particularmente: (i) la variedad de enunciados fácticos con consecuencias jurídicas que pueden ser objeto de prueba en el procedimiento sancionatorio ambiental; y (ii) la multiplicidad y complejidad de la relación entre los intereses que la administración busca proteger, en definitiva, no resulta arribar a la conclusión ya expuesta por Medina, al señalar que “*los procedimientos administrativos están sujetos a estándares probabilísticos que varían según los intereses que quiera proteger el ordenamiento jurídico*” (MEDINA, 2016: 116).

V. ¿Quién y cómo determina el estándar de prueba aplicable? *La legitimidad político-regulatoria de la Administración y el rol de la seguridad jurídica*

En los ordenamientos del common law es frecuente la referencia explícita a cuál es estándar de prueba aplicable en el marco de una u otra decisión. Generalmente, estos se establecen por el tipo de procedimiento que se trate, como ya hemos visto. No obstante, en la práctica, existe jurisprudencia que en base a la identificación de ciertas vicisitudes materiales, jurídicas y morales en torno a una u otra decisión, se ha encargado de definir estándares de prueba especiales en ciertos casos (una revisión en STEIN, 2005: 152-153) Por supuesto, ya hay estándares de prueba diferentes en un mismo tipo de procedimiento, cuando se aplica la noción respecto de ciertas decisiones pre- o intra-procedimentales, distintas a aquella final que pone termino al procedimiento propiamente tal (LAUDAN, 2006: 54-57, 86-87; FERRER, 2007: 140-141). Sin embargo, ahora estamos hablando de aquellas decisiones finales respecto de las cuales, jurisprudencialmente, se han fijado estándares de prueba distintos a los que el tipo de procedimiento generalmente establece.

Siendo la determinación del estándar, en definitiva, una cuestión de orden político-moral, se suele afirmar –como hemos visto– que sólo el legislador se encuentra legitimado para cargar la balanza en uno u otro sentido. Esta afirmación, a su vez, se mantiene inalterada independientemente del tipo de procedimiento o, mejor dicho, de la naturaleza del órgano decisor; sea este un jurado, un tribunal, o un órgano de la Administración del Estado.

En los procedimientos sancionatorios del derecho continental la práctica jurisprudencial, consciente de la necesidad epistemológica y jurídica de su aplicación, ha ido fijando en base a una seudo-analogía con el derecho penal, un estándar de prueba intermedio, el de la prueba clara y convincente .

Ahora bien, de lo expuesto en los párrafos anteriores se revela una cuestión importante, asociada a la legitimidad de los jueces y de la administración en la determinación del estándar de prueba aplicable, ante la ausencia de una definición legal expresa. Es curioso apreciar, en primer lugar, que siendo consciente y conteste la dogmática respecto la “legitimidad exclusiva” del legislador para determinar el estándar, no se haya enfrentado abiertamente a la problemática intrínseca de aquellos casos en los cuales son los jueces los que, en definitiva, sea vía interpretativa o analógica, determinan el estándar de prueba aplicable. Enfrentarse a dicha problemática podría involucrar discusiones sobre la legalidad de la decisión sobre la determinación del estándar, y del alcance y la naturaleza de la revisión que a su respecto puedan efectuar tribunales superiores.

En Chile esta problemática no ha sido enfrentada, aun cuando solo el ordenamiento penal consagra expresamente el estándar de prueba aplicable. En materia civil, la cuestión sobre el estándar de prueba aplicable no ha sido abordada profundamente por los Tribunales de Justicia ni tampoco por la doctrina,⁵⁶ y menos se ha dicho sobre la legitimidad del juez para fijar el estándar de prueba ante la ausencia de remisión legal expresa.

En el ámbito administrativo tampoco se hallan discusiones que directa y expresamente se refieran al tema de la legitimidad política de la administración para determinar el estándar de prueba aplicable a los procedimientos sancionatorios. En tal sentido, para circunscribir el análisis, importa distinguir entre dos formas generales en las que la administración podría establecer un estándar de prueba para los procedimientos que incoa, ante la ausencia de norma legal expresa.

Una primera forma, sería a través del ejercicio de la potestad reglamentaria que, constitucionalmente, le es reconocida al poder ejecutivo. En este marco, el objeto de discusión radicaría principalmente sobre los límites de la delegación que se otorga a la Administración, lo que en un sentido amplio involucra, o quizás constituye, una discusión sobre la legitimidad. Una ventaja de esta posibilidad consiste en que, dependiendo de su planteamiento específico, puede reducir o anular completamente el espacio para que se levante una discusión sobre la eventual afectación al principio de la seguridad jurídica, en los términos que se plantearan más adelante.

Una segunda forma, sería a través del ejercicio de la potestad de la administración que le permite, en los espacios de discrecionalidad propios de cada procedimiento administrativo (o en términos dworkinianos, el “agujero de la rosquilla” y de acuerdo a las circunstancias de cada caso,

⁵⁶ Ver, al respecto: LARROUCAU, 2012: 783-808.

defina cuál el estándar de prueba aplicable en dicho procedimiento.⁵⁷ De esta forma, el estándar de prueba sería casuístico, lo que eventual e idealmente permite enfrentar más eficazmente el problema de la distribución del error en la decisión sancionatoria, pero a su vez incrementa la tensión con el principio de seguridad o certeza jurídica. Asumiendo estas ventajas y desventajas, respecto de cada una de las alternativas planteadas, podemos concluir que la más compleja de analizar sería la segunda, pero ello permite a su vez revisar cuestiones comunes a ambas.

En lo que dice relación con la legitimidad política de la administración, el análisis involucra revisar los espacios y el alcance de la discrecionalidad que la constitución y la ley le entregan a la administración para crear normas de aplicación particular y general. Mientras que, en lo referente a la seguridad jurídica, se debe considerar que al desconocer los regulados, de antemano, cuál será la norma aplicable, esto es, el estándar de prueba que determine el grado de suficiencia respecto las decisiones que recaigan sobre las premisas fácticas del procedimiento que estén enfrentando, podría afectarse el principio en cuestión.

Ahora bien, es asumido que la Administración goza con un grado de legitimidad democrática o política, para completar o definir tanto la premisa como los presupuestos normativos del caso (MONTT, 2011: 7). En otras palabras, es parte de sus funciones *más o menos discrecionales*, el *identificar qué* valores pueden resultar afectados por su decisión, *ponderar cuáles* son los valores más relevantes en juego y, en definitiva, *determinar cómo* protegerlos o, en otras palabras, decidir cómo protegerlos (en similar sentido, MONTT, 2011: 7; y más específicamente, MEDINA, 2016: 125). El límite a la discrecionalidad de la administración en este ámbito, no es distinto al que opera respecto de cada decisión discrecional de la administración. Este límite tiene dos dimensiones, las que denominaremos como sustantiva y formal. La sustantiva, por su parte, se corresponde con la razonabilidad y la proporcionalidad de la decisión normativa; mientras que la formal, con su debida fundamentación y motivación. En cualquier, caso estas dimensiones deben ser analizadas conforme a las atribuciones que el respectivo ordenamiento jurídico (y particularmente, su Constitución) le entregue a la administración, y a las formas en que puede manifestarse.

De acuerdo a la tesis planteada, la relación entre la seguridad jurídica y la formulación de un estándar de prueba casuísticamente, se traduce en un problema que en caso alguno puede asociarse a la incertidumbre de la aplicación de *un* estándar de prueba, ya que se asume, *un* estándar

⁵⁷ En referencia a la terminología dworkiniana, ver: MONTT, 2012: 6.

de prueba *siempre será* aplicable. Podría decirse, entonces, que el problema radicaría en la incertidumbre que el sujeto regulado (presunto infractor, en terminología sancionatoria), pueda tener respecto de *cuál será* el estándar de prueba aplicable o, en otros términos, cuál será el grado de suficiencia exigible. Para ello, el sujeto regulado puede descansar en el tipo de procedimiento de que se trate, pero como ya hemos visto, la formulación del estándar de prueba no depende necesariamente del tipo de procedimiento, sino de otras circunstancias materiales y jurídicas.

De esta forma, si la variabilidad del grado de suficiencia del estándar de prueba es una cuestión dependiente de los elementos que permiten formularlo, la afectación a la seguridad jurídica de la parte a quien importa el resultado del procedimiento, por tanto, no puede desprenderse de la mera incertidumbre que tenga sobre el grado de suficiencia que se exigirá para la corroboración del enunciado fáctico. Entonces, la pregunta que se mantiene es ¿cuál es el rol de la seguridad jurídica en la determinación o formulación del estándar de prueba? O en otro sentido ¿cómo se puede garantizar la vigencia de la seguridad jurídica, ante la incertidumbre respecto del estándar de prueba que será aplicable?

Para responder a dicha pregunta, conviene desentramar algunas cuestiones teórico-conceptuales sobre el principio de seguridad jurídica que a menudo son obviadas. Así, más allá de la clásica disputa entre Frank y Bobbio, en la que el primero catalogaba a la certeza o seguridad jurídica como un *“legal myth”*, pero a la que el segundo defendía como un *“elemento intrínseco del derecho, de modo tal que el derecho o es cierto o no es ni siquiera derecho”*, los estudios contemporáneos sobre la materia se preocupan, principalmente, de enfrentar la ambigüedad que envuelve al término “seguridad” o “certeza” del derecho, y de identificar las formas en que esta se utiliza o aquellas que puede adoptar.⁵⁸

La ambigüedad del término, se refiere no sólo en razón de la multiplicidad de acepciones conceptuales y filosóficas del significado de palabras como “derecho” y “certeza”; sino también, si este dice relación con el conocimiento de la norma aplicable, de los presupuestos que la gatillan, de las consecuencias asociadas a una u otra conducta, o de la previsibilidad del resultado de un determinado conflicto, entre otras (GOMETZ, 2012: 39 y ss.). Las formas en que se utiliza o los

⁵⁸ En éste sentido, consideramos como principales referentes en la tradición continental, los trabajos de Gianmarco Gometz (GOMETZ, 2012), respecto de la ambigüedad terminológica; y Humberto Ávila (ÁVILA, 2012), sobre la forma en que se utiliza o el sentido que adopta el concepto. Con todo, cabe precisar que según han expuesto algunos, seguridad y certeza del derecho serían dos términos con funciones distintas; al respecto, ver: ATIENZA, 2000: 193 y ss.; y más recientemente, ATIENZA, 2012: 155 y ss.

sentidos que puede adoptar, dependen de la concepción que se tenga del término, ya sea como un elemento definitorio del derecho, como un estado de hecho, como un valor (estado deseable), o como una norma-principio (ÁVILA, 2012: 87-104).

Llevando dichas distinciones a la noción del estándar de prueba, y la concepción del mismo que aquí se ha defendido, de su formulación (variable) y su finalidad (distribución del riesgo), nos permite sostener que, en definitiva, la afectación de la seguridad jurídica tampoco se sustente en la la variabilidad del estándar ni en la (in)efectiva reducción del riesgo de error, ya que la primera es una característica intrínseca o nota definitoria del estándar, y la segunda, una circunstancia empírica que no es el objetivo esencial del estándar ni dependiente sólo de éste.

Por lo tanto ¿debemos concluir que no hay relación alguna entre la formulación y aplicación del estándar de prueba y la seguridad jurídica? No, sólo que hay que cambiar el foco de análisis. La más o menos inseguridad o certeza del derecho, esto es, de la norma aplicable, no puede asociarse a si se aplica o no un estándar de prueba en la decisión (para que la decisión sea racional e intersubjetivamente controlable siempre se deberá aplicar un estándar, y deberá ser uno respecto de cada decisión sobre los hechos que sea de relevancia jurídica en el procedimiento), o a si el grado de suficiencia que este exige es fijo o variable (el estándar es, por su naturaleza, variable), sino sobre la forma en que se determina y los factores que influyen en la formulación del mismo. En otras palabras, a mi juicio se afectará la seguridad jurídica si y solo sí: (i) el estándar de prueba se ha formulado de forma tal que impida el control intersubjetivo ya sea en sede administrativa o contencioso-administrativa; o (ii) este no se haya formulado en lo absoluto.

VI. Conclusiones

1. En la práctica y dogmática administrativo-sancionatoria chilena, se presenta un serio problema de incomprensión respecto de la naturaleza y finalidad de los procedimientos administrativos sancionatorios que trasciende en una inadecuada e insuficiente solución al problema referente a la distribución de los riesgos de error asociados a la decisión sancionatoria.

2. La inadecuación e insuficiencia referidas se manifiestan en que, la solución actual dada por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, formulan el estándar de prueba en términos analógicos con el procedimiento penal, desconociendo las particularidades de los procedimientos administrativos sancionatorios.

3. Esto genera un problema que se puede traducir en un obstáculo para que la Administración pueda cumplir, eficazmente, con las finalidades de disuadir y corregir conductas antijurídicas.

4. Este problema, a su vez, puede extenderse a los procedimientos administrativos sancionatorios incoados por la Superintendencia del Medio Ambiente, a pesar de que en la práctica aún no existen pronunciamientos claros, por parte de la jurisprudencia, respecto de cuál sería el estándar aplicable en estos procedimientos.

5. En el procedimiento sancionatorio ambiental, el objetivo principal es el de proteger los intereses generales o colectivos correspondientes a mantener un medio ambiente libre de contaminación, la conservación de la naturaleza y la salud de la población.

6. Para cumplir con dicho objetivo, la técnica legislativa establecida en la LOSMA consagra mecanismos de intervención sancionatoria de naturaleza correctiva cuya procedencia exige la corroboración de complejos enunciados fácticos distintos a los de la mera hipótesis infraccional.

7. Los mecanismos de intervención sancionatoria de carácter correctivo (clausura y revocación de la autorización ambiental), son –en algunos casos– insuficientes e inadecuados para hacerse cargo eficazmente de los efectos y consecuencias materiales de las infracciones. Se recomienda esto sea objeto de una reforma legal.

8. A pesar de que la LOSMA no lo exija expresamente, la eficacia de los mecanismos de corrección depende en gran medida de la corroboración de hechos distintos a aquellos establecidos dentro de los diversos momentos sancionatorios. No se descarta, aunque esto requiere mayor análisis, que respecto de dichos hechos el estándar de prueba a aplicar sea más exigente.

9. Los intereses y valores en juego con la decisión sancionatoria, la finalidad del procedimiento administrativo sancionador, la complejidad de los hechos que deben ser acreditados para gatillar dichos mecanismos de intervención sancionatoria y las asimetrías de información existentes, no justifican –al menos en abstracto– la formulación de un estándar de prueba más exigente respecto de los presupuestos fácticos correspondientes al momento de clasificación de la infracción.

10. Con todo, se estima razonable y jurídicamente aceptable que, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, la Administración pueda formular discrecionalmente –pero de forma motivada y fundada– distintos estándares de prueba, exigiendo más o menos grados de suficiencia de corroboración, respecto de los diversos enunciados fácticos que deban ser acreditados en el procedimiento.

11. Lo anterior no constituye un ejercicio ilegítimo o irrazonable de la discrecionalidad administrativa, pues esta goza de la legitimidad política para crear normas de alcance general y particular. Tampoco puede estimarse, salvo ante la ausencia de la debida motivación y fundamentación, que la determinación casuística del estándar de prueba por parte de la administración afecte o ponga en riesgo la seguridad o certeza jurídica.

VII. Bibliografía básica

1. AGUILERA, Edgar. Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica. En: *Isonomía* N° 44, México abr. 2016.
2. ALLEN, Ronald. Burdens of Proof. *Law, Probability and Risk* (2014) 13, 195–219.
3. ALLEN, Ronald y STEIN, Alex. Evidence, Probability, and the Standard of Proof. *Arizona Law Review*, Vol. 54, pp. 557-602 (2013).
4. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal). En: *Jueces para la democracia*, N° 88, 2017.
5. ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2632711 (2015).
6. ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho* (Ariel, Barcelona, 2000).
7. ATIENZA, Manuel. Seguridad Jurídica y Formación Judicial, en MORATONES et al (Eds.) *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamerica* (Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012).
8. ÁVILA, Humberto. *Teoría de la Seguridad Jurídica* (Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012).
9. BOETTIGER, Camila. “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 20 (2009).
10. BREWER-CARIAS, Allan. *Principios del procedimiento administrativo* (Cívitas, Madrid, 1990).
11. CAIRNS, John. Watson, Walton, and the History of Legal Transplants, 41 *Ga. J. Int’l & Comp. L.* 637 (2013).
12. CASERMEIRO, Rando. *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010).
13. CHENG, Edward. Reconceptualizing the Burden of Proof. En: 122 *Yale L.J.* 1254-79 (2013).

14. CHENG, Edward y PARDO, Michael. Accuracy, Optimality, and the Preponderance Standard (2015). Law, Probability & Risk, Forthcoming; U of Alabama Legal Studies Research Paper No. 2547348. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2547348>.
15. CLERMONT, Kevin. Standards of Decision in Law (Carolina Academic Press, Durham, 2013).
16. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Derecho Administrativo Sancionador (Legal Publishing, Santiago, 2014).
17. FERRER, Jordi. La Valoración Racional de la Prueba (Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007).
18. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 10, (1976).
19. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, (Civitas, Navarra, 2004).
20. GASCÓN AVELLÁN, Marina. Cuestiones Probatorias (Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012).
21. GELLER, Paul. Legal Transplants in International Copyright: some problems of method, 13 UCLA Pac. Basin L.J. 199 (1994-1995).
22. GOMETZ, Gianmarco. La Certeza Jurídica como Previsibilidad (Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012).
23. HAACK, Susan. Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law (Cambridge University Press, Cambridge, 2014).
24. HO Hock Lai. A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth (Oxford Monographs on Criminal Law and Justice) 1st Ed. (Oxford University Press, Oxford, 2008).
25. KAPLOW, Louis. Burden of Proof; en: The Yale Law Journal, 121:738 (2012).
26. LARROUCAU, Jorge. Hacia un estándar de prueba civil. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 3, pp. 783-808 (2012).
27. LAUDAN, Larry. Truth, error and criminal law. An essay in legal epistemology (Cambridge University Press, Cambridge, 2006).
28. LAUDAN, Larry. La elemental aritmética epistémica del derecho II: Los inapropiados recursos de la teoría moral para abordar el derecho penal, en Vázquez, Carmen (ed.), Estándares de prueba y prueba científica (Madrid, Marcial Pons, 2013), pp. 119-134.

29. LAUDAN, Larry. El contrato social y las reglas del juicio: un replanteo de las reglas procesales, en Laudan, Larry, El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal (Buenos Aires, Hamurabi, 2011), pp. 199-309.
30. LAUDAN, Larry. Taking the Ratio of Differences Seriously: The Multiple Offender and the Standard of Proof, or, Different Strokes for Serial Folks (2009), disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431616
31. LAUDAN, Larry y SAUNDERS, Harry. Re-thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus about the Utilities of Trial Outcomes (2009), disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1369996
32. LEGRAND, Pierre. The Impossibility of Legal Transplants, 4 Maastricht J. Eur Comp. L. 111 (1997).
33. LETELIER, Raul. “Garantías penales y sanciones administrativas”, Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Art. 1, pp. 622-689 [publicación pendiente. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf].
34. MEDINA, Luis. Los Hechos en el Derecho Administrativo, una aproximación. Revista española de Derecho Administrativo 177 Abril - Junio 2016, pp. 103-158.
35. MONTT, Santiago. “Autonomía y responsividad, dos expresiones de vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”, en: DE LA CUÉTARA, Juan Miguel; MARTÍNEZ, José Luis; VILLAR, Francisco José (Coords.). Derecho administrativo y regulación económica: Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz (La Ley, Madrid, 2011).
36. NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, 4ª ed. (Tecnos, Madrid, 2005).
37. PARADA, José Ramón, “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, Revista de Administración Pública, vol. 69 (1972)), como la sentencia de 9 de febrero de 1972 del Tribunal Supremo Español.
38. PÉREZ, Rafael y BAEZA, Manuel José. Principios del Derecho Administrativo Sancionador (Centro General del Poder Judicial, Madrid, 2008).
39. PINILLA, Francisco y HERNÁNDEZ, José. Control represivo del daño ambiental y reparación: aspectos probatorios en sede administrativa y judicial. En: ARANCIBIA, Jaime y ROMERO, Alejandro (eds.). La Prueba en la Litigación Pública (Librotecnia, Santiago, 2016).

40. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law* 2a Ed. (Little, Brown and Co, Boston-Toronto, 1977).
41. POSNER, Richard. *An Economic Approach to the Law of Evidence*. *Stanford Law Review*, Vol. 51. No. 6 (Jul. 1999)
42. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María. *Metodología del Derecho Administrativo* (Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2016).
43. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema* (Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003).
44. SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law* (Harvard University Press, Cambridge, 2004), y KAPLOW, Louis. *Burden of Proof*. 121 *Yale L.J.* 738-859 (2012).
45. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*, 2a edición (Civitas, Madrid, 2001).
46. STEIN, Alex. *Foundations of Evidence Law* (Oxford University Press, Oxford, 2005).
47. TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*, 4ª Ed. (Editoriales Trotta, 2011, Madrid).
48. UBERTIS, Giulio. *Elementos de Epistemología del Proceso Judicial* (Trotta, Bologna, 2017).
49. VALENZUELA, Jonatan. *Hechos, pena y proceso* (Rubicón, Santiago, 2017).
50. VAN HASSELT, Roberto. *El Estándar de Prueba en Materia Infracional*. *Revista de Estudios Tributarios*, N° 13,2015 [Disponible en: <http://www.revistaestudiotributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/39875>]
51. VAN WEEZEL, Alex, *Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo*. En: *Polít. crim.* Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Art. 9, pp. 997-1043, disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf
52. WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (University Press of Virginia, Charlottesville, 1974).
53. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, Trad. FONTÁN, Carlos (Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956).