

DOCTRINA

Desviación procesal en el contencioso-administrativo ambiental chileno

*New allegations in judicial review procedures
in the Environmental Judicial Review of Chile*

Iván Hunter 

Universidad Austral de Chile

RESUMEN El objetivo de este trabajo es analizar los contornos de la desviación procesal como institución de origen jurisprudencial en el contencioso-administrativo ambiental chileno, entendida aquella como la modificación en sede judicial de la pretensión, motivos o vicios de legalidad incorporados en la vía administrativa. Se trata de una institución que produce una carga para los ciudadanos, quienes deben promover en los recursos administrativos todos los vicios vinculados al acto impugnado. Para ello se quiere dar cuenta de la importancia de su correcta aplicación en materia ambiental dada la función que cumple el agotamiento obligatorio de la vía administrativa en temáticas complejas y altamente discrecionales como las ambientales. Esto es de suma importancia por las implicancias que su configuración produce en el acceso a la jurisdicción ambiental, desde que, si se constata la desviación procesal, el tribunal no debe pronunciarse del vicio alegado. Por ello, junto con realizar un análisis del estado de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada, y entregar razones de la conveniencia de mantener un sistema de impugnación que prefiera el agotamiento obligatorio de la vía administrativa, se proponen casos en que la modificación de la pretensión entre una u otra instancia no suponen desviación procesal, por lo cual los tribunales deben analizar el fondo de la controversia promovida.

PALABRAS CLAVE Desviación procesal, contencioso-administrativo ambiental, tutela judicial efectiva, agotamiento vía administrativa, tribunales ambientales.

ABSTRACT The objective of this paper is to analyze the contours of procedural deviation as a jurisprudential doctrine applied in the Chilean environmental judicial review system, understood as the modification in court of the claims, grounds or defects of illegality raised before, while pursuing administrative remedies. This doctrine places a burden for citizens, who must assert all the defects of the agency's decision when filing for administrative remedies. To this end, is required to state the importance of its ac-

curate use in environmental matters, regarding the role of the exhaustion of administrative remedies doctrine in complex and highly discretionary issues. This is vital due to the implications that its configuration produces in access to environmental jurisdiction, since once the procedural deviation is verified, a Court must dismiss the case, totally or partially, for want of jurisdiction. For this reason, after an analysis of the state-of-the-art in the national and comparative caselaw and jurisprudence about the procedural deviation doctrine, and to give reasons about the convenience to keep it within a judicial review system, some cases are proposed in which this doctrine does not apply in the presence of modified arguments, for which a Court must analyze the merits of the case.

KEYWORDS New allegations in judicial review procedures, environmental judicial review, effective judicial protection, exhaustion of administrative remedies, environmental courts.

Introducción

Es de sobra conocido que en nuestro país no existe una ley general que regule, con vocación de uniformidad, las disputas en que se enjuicie la legalidad de los actos de la Administración. No obstante, la existencia de contencioso-administrativos sectoriales, como el de la Ley 20.600 que creó los tribunales ambientales, ha permitido introducir instituciones prácticamente desconocidas en nuestro sistema jurídico. En la tutela jurisdiccional del medio ambiente, la jurisprudencia de los tribunales ambientales y de la Tercera Sala de la Corte Suprema ha incorporado en las reclamaciones de legalidad en contra de los actos de la Administración —especialmente las resoluciones de calificación ambiental (RCA)— a la desviación procesal o también conocida por la jurisprudencia nacional como incongruencia. En la decisión de los casos ambientales, esta institución ha tomado una fuerza importante en el último tiempo, pero no ha concitado mayormente el interés de la doctrina nacional.¹

En términos generales, se puede decir que la desviación procesal debe ser entendida como una institución de carácter prohibitiva, en virtud de la cual el impugnante no puede introducir en sede judicial pretensiones o vicios de legalidad diferentes a las que haya hecho valer en sede administrativa (García Pérez, 2000: 2419-2420). De esta manera, el tribunal que conoce de la impugnación queda inhibido de pronunciarse

1. Teóricamente, la desviación procesal tiene cabida en todos los contenciosos administrativos en los que existe agotamiento obligatorio de la vía administrativa, como, por ejemplo, el reclamo de ilegalidad municipal. No obstante, ha sido en materia ambiental en la que ha existido una discusión y desarrollo en torno a esta figura, y es prácticamente desconocida en otras impugnaciones especiales. Por otro lado, el objeto del trabajo se concentra en la lógica de las controversias ambientales desde que supone reconocer en esta clase de litigios especiales particularidades que deben orientar la institución en relación con las instancias administrativas previas y la tutela judicial efectiva.

sobre aquellas pretensiones o materias que no fueron promovidas previamente en las etapas administrativas. La etapa judicial, a su vez, quedaría definida por el contenido y marco en que se plantearon las pretensiones y vicios de legalidad en el contexto de los recursos administrativos. Se produce una de las vinculaciones más fuertes entre procedimiento administrativo y proceso judicial.

En la doctrina comparada y en la jurisprudencia nacional no hay un ejercicio clasificatorio de la desviación procesal que permita entender sus diversas modalidades. Se suele hablar con frecuencia de esta institución, sin embargo, se desconocen por completo los casos o tipos de situaciones que pueden entenderse que configuran la desviación procesal, o donde, al menos, hay una divergencia entre la sede administrativa y la judicial. La desviación procesal generalmente es enunciada como principio aplicable al contencioso-administrativo, lo que, desde luego, y como se podrá apreciar, ha impedido brindar una configuración más precisa.

Pese a ello es posible identificar los supuestos en los que se entiende que existen diferencias entre la reclamación administrativa y la judicial:² i) cuando en la reclamación judicial se introducen vicios de ilegalidad que no han sido invocados en el recurso administrativo. En este caso, la reclamación judicial individualiza datos fácticos que configurarían un vicio completamente diferente al invocado en el recurso administrativo; ii) cuando en la reclamación judicial se introducen hechos adicionales a los que se esgrimen en sede administrativa, pero que configurarían el mismo vicio invocado. A diferencia del anterior, el impugnante agrega a la impugnación otros hechos, diferentes a los indicados en la sede administrativa, sin embargo, estos no constituyen un vicio nuevo; iii) cuando en la reclamación judicial se introducen

2. El Tercer Tribunal Ambiental hizo un buen ejercicio de las hipótesis en que podría existir desviación procesal: «La desviación procesal asume diferentes modalidades: a) puede exigir una identidad entre la pretensión deducida en sede administrativa y la judicial, de forma que el impugnante no puede introducir modificaciones o variaciones entre ambas (C. Suprema, 9 de octubre de 2018, rol 42.004 2017, *Sociedad Contractual Minera Maricunga con Superintendencia de Medio Ambiente*); b) exige que los vicios de legalidad impetrados en sede administrativa deban identificarse con aquellos alegados en la reclamación en sede judicial. Aquí la congruencia funciona como una carga para el justiciable pues no puede innovar o agregar vicios o hechos nuevos en la reclamación judicial respecto de los que la Administración no haya tenido la posibilidad de pronunciarse (C. Suprema, 9 de abril de 2018, rol 34.281 2017); c) exige además que exista una correspondencia entre las alegaciones formuladas por la reclamada al informar la reclamación órgano de la Administración y los fundamentos contenidos en el acto reclamado. Lo anterior se fundamenta en el derecho del afectado por el acto administrativo, de conocer en su integridad las razones por las cuales se adoptó una determinada decisión en su contra, porque solo así podrá desarrollar de manera eficiente su defensa” por lo tanto, como bien se resolvió en la sentencia que se analiza, las nuevas alegaciones formuladas por la reclamada, no pueden ser consideradas para los efectos de la Determinación de la legalidad del acto que se impugna (C. Suprema, 23 de agosto de 2019, rol 13.774 2019)». Tercer Tribunal Ambiental, rol R-12-2019, 31 de marzo de 2020. En igual sentido, y con cita a este fallo, sentencia del Primer Tribunal Ambiental, rol R-21-2019, 27 de octubre de 2020.

alegaciones o argumentos diferentes sin alterar los hechos que constituyen el vicio alegado en sede administrativa; iv) cuando en la reclamación judicial se introducen argumentos jurídicos y hechos no determinantes o secundarios, para justificar el vicio alegado en sede administrativa. De estos casos solo algunos producen desviación procesal pese a existir modificaciones entre las vías administrativas y judicial.

En las líneas que siguen pretendo dar cuenta de las dificultades que existen para delimitar los perfiles o contornos de la desviación procesal. Esto se ha convertido en un problema vigente para la doctrina comparada y muy especialmente para los órganos encargados de la adjudicación judicial.

La hipótesis que intentaré justificar es que la desviación procesal es una institución de cuño jurisprudencial que tiene por finalidad dar consistencia a los sistemas de impugnación vinculados al agotamiento obligatorio de la vía administrativa previa. En virtud de esta institución, se impide que los impugnantes promuevan en sede judicial vicios de ilegalidad diferentes a los que fueron materia de las instancias administrativas previas, con el objeto de que la autoridad administrativa ambiental que decide, pueda revisar y corregir los vicios alegados, evitando, de esa forma, la instancia judicial de anulación. Es una institución que produce una carga para los ciudadanos, quienes deben promover en los recursos administrativos todos los vicios vinculados al acto impugnado.

Como se puede apreciar, detrás de esta institución subyacen, por un lado, cuestiones vinculadas a la conservación del acto administrativo, especialmente cuando estos emanan de órganos y procedimientos altamente especializados y complejos, en los que se otorgan a los órganos administrativos amplios márgenes de apreciación y discrecionalidad; y, por el otro, la tutela judicial efectiva y el acceso a los tribunales de justicia desde que si el tribunal constata una desviación no entra en el conocimiento el fondo de la controversia (Bauzá Martorell, 2021: 184). Este último aspecto es particularmente sensible en el contencioso-administrativo y en las cuestiones ambientales³ (Ruiz Risueño, 2016: 99; Lozana Cutanda, 2005: 254-263). Hay que considerar que el acceso a la justicia ambiental tiene una importancia crucial en nuestro país. Es hacia los tribunales de justicia que se han conducido los déficits regulatorios. En la

3. Quizá una de las ramas del derecho en que el acceso a la jurisdicción constituye un aspecto central y crítico es en materia ambiental. Las principales discusiones, sin embargo, han girado en torno a la legitimación para recurrir a los tribunales pues los diseños y reglas procesales se estructuran en base a derechos e intereses de corte individual, los que no siempre se avienen a la naturaleza colectiva o públicas de los componentes ambientales afectados (Lozana Cutanda, 2014: 324-325). A lo anterior se añade que los litigios ambientales están caracterizados por su complejidad científica y jurídica, y la gestión de una cantidad importante de información (Moules, 2011: 15-16), por lo que la litigación requiere esfuerzos importantes para ser eficaz. La doctrina nacional —hasta el momento— no ha efectuado reflexiones en torno a cómo la desviación procesal puede influir determinantemente en el conocimiento y contenido de una controversia ambiental.

medida en que la regulación ambiental se estructura sobre la base de procedimientos administrativos especializados y tecnificados, se percibe una constante tensión en la toma de decisiones discrecionales, la que disminuye cuando el ciudadano puede llevar a un órgano jurisdiccional —igual de especializado— la controversia ambiental. Esto es percibido como un equilibrio razonable (pesos y contrapesos) entre el ejercicio de potestades técnicas con amplios márgenes de apreciación, y la revisión de esa decisión, por un órgano técnico, imparcial e independiente. Un sistema judicial que atenúe las deferencias hacia la Administración tiende correlativamente a hacer más exigentes e informadas las decisiones administrativas con incidencia ambiental.

En consecuencia, el sentido y los contornos que quiera dársele a esta institución deben guardar un adecuado equilibrio entre estos bienes jurídicos que se encuentran en constante tensión.

Para justificar mi hipótesis realizaré el siguiente trazado: en primer lugar, daré cuenta del desarrollo de la desviación procesal en la jurisprudencia ambiental, exponiendo los principales casos en los que se ha discutido y aplicado. He centrado el análisis en las sentencias de la Corte Suprema, sin perjuicio de hacer referencia a las sentencias de base. En segundo lugar, realizaré un análisis crítico de los argumentos expuestos por la jurisprudencia. Posteriormente, presentaré las razones para entender que la desviación procesal no debería aplicarse a los recursos administrativos potestativos en materia ambiental. También he querido justificar la regla desde el diseño de recursos de carácter obligatorio, dando razones desde la particularidad de los procedimientos administrativos ambientales y el ejercicio de potestades discrecionales y con amplios márgenes de apreciación. Por último, y con miras a resolver la tensión entre tutela judicial efectiva y desviación procesal, propongo casos en los que esta no se configura a pesar de haber divergencias entre la instancia administrativa y la judicial.

El desarrollo de la desviación procesal en la jurisprudencia ambiental

Al poco tiempo de la entrada en funcionamiento de los tribunales ambientales, la jurisprudencia comenzó a advertir la existencia de instituciones cuya articulación arranca exclusivamente del contencioso-administrativo. Una de ellas, y quizá la más relevante, es la desviación procesal. La temática está lejos de ser pacífica y la teoría de la desviación procesal ha tenido una amplia acogida en los tribunales ambientales y la Corte Suprema, y ha sido aplicada tanto a los recursos administrativos potestativos como a los obligatorios.⁴

4. Pueden encontrarse disputas acerca de la desviación procesal en las siguientes sentencias: Corte Suprema, rol 258-2017, 15 de enero de 2018; Corte Suprema, rol 34.281-2017, 9 de abril de 2018; Corte Suprema, rol 42.004-2017, 9 de octubre de 2018; C. Suprema, rol 100.805-2016, 29 de diciembre de 2017;

A continuación, se expondrán los casos más relevantes y que han dado consistencia y las primeras ideas de este instituto.

Sentencia de la Corte Suprema *Patricio Herman Pacheco y otros con Ministerio del Medio Ambiente*

La Corte Suprema en sentencia de 15 de enero de 2018, rol 258-2017, rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental, la que, a su vez, rechazó la reclamación interpuesta por cuatro personas naturales en contra de la decisión del Ministerio del Medio Ambiente que no acogió la solicitud de invalidación del artículo 3 letra h.1. inciso final del Decreto Supremo 40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En el caso se estimó improcedente que los reclamantes invocaran en sede judicial un interés para impugnar diferente al esgrimido en sede administrativa. Para la Corte, dicha discordancia daría cuenta «de una falta de vinculación que contraría el principio conforme al cual la pretensión que el recurrente formule en vía jurisdiccional debe reproducir aquella hecha valer ante la Administración» (considerando decimocuarto).

Se puede observar que en este fallo se esgrime un «principio de identidad» entre la pretensión administrativa y judicial, cuya vinculación debe ser tan intensa que una debe reproducir a la otra. No señala el fallo, no obstante, de dónde proviene ese principio, y cuáles son sus contornos jurídicos, es decir, si se exige una identidad entre pretensiones (peticiones) o bien hay que considerar además los aspectos fácticos y jurídicos que permiten justificar un determinado vicio de ilegalidad. Dado que el caso se trata de la legitimación y, por ende, del interés invocado para impugnar la decisión administrativa, todo parece indicar que la expresión *pretensión* se encuentra tomada en un sentido amplio, relativa a las cuestiones fácticas y jurídicas que se invo-

Corte Suprema, rol 29.065-2019, 21 de julio de 2021; Primer Tribunal Ambiental, rol R-23-2019, 25 de noviembre de 2019; Primer Tribunal Ambiental, rol R-30-2019, 9 de agosto de 2020; Primer Tribunal Ambiental, rol R-21-2019, 27 de octubre de 2020; Segundo Tribunal Ambiental, rol R-131-2016, 28 de abril de 2017; Segundo Tribunal Ambiental, rol R-101-2016, 31 de mayo de 2017; Segundo Tribunal Ambiental, rol R-118-2016, 31 de agosto de 2017; Segundo Tribunal Ambiental, rol R-164-2017, 1 de agosto de 2019; Segundo Tribunal Ambiental, rol R-174-2018, 29 de abril de 2020; Segundo Tribunal Ambiental, rol R-195-2018, 4 de septiembre de 2020; Segundo Tribunal Ambiental, rol R-219-2019, 5 de abril de 2021; Tercer Tribunal Ambiental, rol R-12-2019, 31 de marzo de 2020; Tercer Tribunal Ambiental, rol R-11-2019, 19 de agosto de 2021; Tercer Tribunal Ambiental, rol R-5-2020, 21 de enero de 2021; Tercer Tribunal Ambiental, rol R-8-2020, 15 de septiembre de 2020; Tercer Tribunal Ambiental, rol R-28-2019, 12 de agosto de 2020; Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, rol R-12-2019, 31 de marzo de 2020; Tercer Tribunal Ambiental, rol R-9-2019, 27 de noviembre de 2019; Tercer Tribunal Ambiental, rol R-8-2019, 5 de septiembre de 2019; Tercer Tribunal Ambiental, rol R-78-2018, 7 de junio de 2019; Tercer Tribunal Ambiental, rol R-40-2020, 10 de septiembre de 2021.

can en las respectivas reclamaciones. No hay, sin embargo, desarrollo argumental en este primer fallo que permitan dar luces del alcance y fundamentos de la desviación procesal.

Sentencia de la Corte Suprema Johannes Jacobus Hendrikus Van Dijk y otras con Comité de Ministros

En otra sentencia de la Corte Suprema, de 9 de abril de 2018, rol 34.281-2017, volvió a pronunciarse acerca de la desviación procesal. En ese caso, el Segundo Tribunal Ambiental rechazó la alegación de los observantes del proceso de participación ciudadana y reclamantes, por entender que la observación vinculada a los impactos del Proyecto «Puerto Cruz Grande» en el medio marino durante la etapa de construcción, si bien fue oportunamente planteada, no formó parte de los motivos de impugnación de la reclamación administrativa. En ese contexto, según la Corte, el observante se conformó con la ponderación efectuada en la RCA. A diferencia del caso anterior, acá esgrime un argumento que aparece central en la decisión: la naturaleza del contencioso-administrativo. El fallo señala: «En este sentido no se debe olvidar que, por su propia naturaleza, el contencioso-administrativo requiere que la Administración haya tenido la posibilidad de enmendar una eventual ilegalidad, de lo que se sigue que, para que el recurrente en sede administrativa pueda interponer, a su vez, reclamación ante el Tribunal Ambiental, es imprescindible que el Comité haya estado en condiciones de pronunciarse sobre la materia impugnada, cuestión que, en la especie, no acaeció, desde que el asunto de que se trata fue planteado en sede judicial, mas no a través de la vía recursiva administrativa» (considerando undécimo).

Este argumento le permitió al Segundo Tribunal Ambiental (en sentencia del 31 de mayo de 2017, rol R-101-2016) y posteriormente a la Corte, afirmar que los cuestionamientos relacionados con la forma en que la autoridad administrativa abordó la observación ciudadana sobre los impactos en el medio marino para la etapa de construcción del proyecto debían necesariamente hacerse valer en sede administrativa (recurso) en forma previa a la sede judicial.

Por otro lado, esta es la primera oportunidad en que la Corte se refiere expresamente al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa ambiental, haciendo suyos los considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental. Esta sentencia, a su vez, sigue muy de cerca los postulados de la doctrina y jurisprudencia española.

Sentencia de la Corte Suprema *Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga con Superintendencia del Medio Ambiente*

No obstante lo anterior, a mi juicio, la sentencia más relevante, y en la que se resuelve y dan directrices acerca de la desviación procesal, es la pronunciada por la Corte el 9 de octubre de 2018, rol 42.004-2017, que resolvió el recurso de casación en el fondo y en la forma interpuesto en contra de la sentencia de 31 de agosto de 2017, rol R-118-2016, del Segundo Tribunal Ambiental. Para comprender a cabalidad la decisión, es necesario precisar en qué consistía la controversia. La reclamante, Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Maricunga, interpuso reclamación del artículo 17 núm. 3 de la Ley 20.600 y del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) en contra del acto terminal del procedimiento sancionatorio que le impuso la sanción prevista en el artículo 38 letra c) de la LOSMA, esto es, la clausura definitiva del sector de extracción de agua RA-1, RA-2 y RA-3, ubicados en el Corredor Biológico Pantanillo-Ciénaga Redonda. En contra del acto sancionatorio, la compañía infractora interpuso recurso de reposición en el que solicita —a grandes rasgos—, la enmienda de la resolución impugnada. A su juicio, la sanción resultaba imposible de ser aplicada en los términos en que fue dictada. Este recurso fue acogido parcialmente por la Superintendencia de Medio Ambiente adecuando la sanción conforme a lineamientos técnicos que determinaron la forma, requisitos, condiciones y gradualidad en su implementación. En contra de la decisión de la Superintendencia, se interpuso reclamación judicial ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, reclamación en la que se solicitaba que la sanción fuese dejada sin efecto por motivos de ilegalidad.

El Tribunal Ambiental de Santiago, en sentencia del 31 de agosto de 2017, rol R-118-2016, decide rechazar la reclamación sobre la base de advertir una diferencia sustancial entre lo pedido en sede judicial y el objeto del recurso de reposición interpuesto en sede administrativa. Esta discrepancia consistiría en que mediante el recurso de reposición se solicitó la modificación o adecuación de la sanción y en la reclamación ante el Tribunal se habría pedido la anulación por razones de ilegalidad. Plantea el Tribunal que tal discrepancia debe analizarse a la luz del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y la regulación del «agotamiento de la vía administrativa previa» de acuerdo con la LOSMA y la Ley 19.880. En este sentido, explica que la LOSMA replica las reglas de la Ley 19.880 en orden a no establecer la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, generando, de esta forma, un derecho de opción para el ciudadano. Este podría elegir, primero, ejercer los recursos administrativos, y luego, interponer el reclamo jurisdiccional. Si decide recurrir a la vía administrativa debe agotarla, y en tal caso, solo puede hacer en sede judicial la misma pretensión que hizo valer en el recurso; no hacerlo así desnaturalizaría el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa que se erige como un «juicio al acto».

La Corte Suprema, conociendo el recurso de casación, entregó algunos argumentos adicionales a los establecidos por el tribunal ambiental. Comenzó su argumentación dando cuenta de si la relación propuesta entre actividad administrativa y judicial existe o no. Para ello hizo referencia al artículo 54 de la Ley 19.880, entendiéndolo en una lógica de identidad de pretensiones en sede judicial y administrativa que se traduciría en un *efecto condicionante*. En virtud de este efecto no se podrían esgrimir ante el órgano jurisdiccional pretensiones diversas a las deducidas en el recurso administrativo previamente intentado. Esta interpretación derivaría del tenor del artículo 54, que utiliza la expresión «igual pretensión» para hacer referencia al efecto «impeditivo» de la interposición del recurso administrativo. Esto implica, en otras palabras, que el efecto impeditivo se justificaría en la medida en que las pretensiones que se esgrimen en sede administrativa sean las mismas que las que se hacen valer en sede judicial.

Otro argumento planteado en este caso vincula a la desviación procesal con la teoría de la no contravención de los actos propios. Según esta, los regulados deben mantener en sede administrativa y judicial una postura jurídica consistente. Aquí la Corte señaló: «La conducta referida no puede ser modificada con posterioridad, pues aquello importaría una contravención al actuar precedente, el cual no es inocuo, ya que se despliega la actividad de la Administración en un determinado sentido y, a continuación, se pretende la actividad del órgano jurisdiccional en otro desvinculado del primero, lo que torna la actividad primigenia en superflua» (considerando quinto).⁵

Ahora bien, en esta sentencia la Corte hace referencia a un aspecto que, a mi juicio, resulta clave en el entendimiento de la desviación procesal: la finalidad de los recursos administrativos. Este parece ser un argumento que no está en la base de la decisión —o al menos no es presentado tan fervientemente—, pero que también es

5. Posteriormente, en sentencia de 22 de junio de 2021, rol 99.487-2020, rechazó la alegación de la reclamante dado que al momento de ser oída en sede administrativa en forma previa a la resolución que le requirió el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), manifestó su conformidad con la misma. La Corte razonó de la siguiente forma: «Que la consideración anterior conduce a mencionar un punto esencial, a saber: la vinculación del administrado a sus propios actos. A diferencia de lo planteado por la recurrente, la conducta observada por el administrado no puede ser modificada con posterioridad, pues aquello importaría una contravención al actuar precedente, el cual no es inocuo, ya que se despliega la actividad de la Administración en un determinado sentido y, a continuación, se pretende la actividad del órgano jurisdiccional en otro desvinculado del primero, lo que torna la actividad primigenia en superflua. Es solo mediante la debida congruencia entre las actuaciones y pretensiones intentadas en sede administrativa y jurisdiccional, que la actividad de todos los intervinientes se encuentra justificada y es útil a la finalidad de los procedimientos de revisión». Con este fallo se avanza y extiende aún más el alcance de la desviación procesal puesto que la hace aplicable a las defensas que puede esgrimir un regulado en sede administrativa y aquellas que se invocan en sede judicial.

considerado. Así, se señala que la finalidad de los recursos administrativos (prevención y eliminación del proceso judicial, celeridad y reducción de costes, y autocontrol interno por la propia Administración) solo serían posibles en base a la identidad entre pretensión administrativa y judicial. Con todo, el fallo concluye dando paso sin reservas a la institución objeto de este trabajo: «Aparece como conceptualmente armónica a nuestro ordenamiento jurídico la doctrina de la desviación procesal que es invocada por el Tribunal Ambiental» (considerando sexto).

Esta sentencia es muy relevante por dos cuestiones: en primer lugar, por el esfuerzo argumentativo para dar sustento normativo a la desviación procesal en el sistema de impugnaciones ambientales. La Corte parece entender que se trataría de una verdadera regla implícita en la inteligencia del artículo 54 de la Ley 19.880.⁶ En segundo lugar, porque reafirma la procedencia de la institución en aquellos recursos administrativos de carácter potestativos como el que resulta procedente de acuerdo con el artículo 55 de la LOSMA. De esta forma, la desviación procesal operaría incluso en aquellos remedios donde el binomio garantía-control se resuelve a favor del impugnante, esto es, cuando no son otra cosa que un instrumento de protección y garantía de los interesados. Pronto volveré sobre este punto.

Análisis de las razones esgrimidas por la jurisprudencia ambiental

Del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa ambiental

Uno de los argumentos que más se repite en torno a la desviación procesal es el relativo al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de una característica respecto de la que se ha discutido bastante en el derecho comparado, cuyos contornos y efectos son bastantes difusos (Ruiz Risueño, 2016: 85-9; García Pérez, 2000: 2420; Descalzo González, 2017: 375-380). En lo concreto, este argumento me parece cuestionable desde que supone asumir que el contencioso-administrativo ambiental chileno tiene esa característica especial que no sería necesario justificar. Estas afirmaciones son discutibles en un doble sentido, como intentaré explicar.⁷

En primer lugar, ni en el contencioso-administrativo general como tampoco en el contencioso diseñado en la Ley 20.600, es posible identificar un arquetipo único de control judicial de los actos de la Administración. En efecto, la Ley 19.300 en los

6. A mi juicio, lo que está detrás de este modo de razonar es lo que Guastini (2015: 36-40) denominaba «construcción de normas implícitas», que no es otra cosa que una técnica de construcción jurídica.

7. Hay una parte de la doctrina que incluso estima que el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa no es capaz de explicar las exigencias de desviación procesal (García Pérez, 2000: 2420). El trabajo de García Pérez es sumamente interesante porque realiza una revisión de la desviación procesal, dando cuenta de los problemas en su aplicación que trasuntan en una ruptura en la igualdad en la aplicación del derecho y la seguridad jurídica.

artículos 20, 29 y 30 bis, ha dispuesto un modelo de control de la RCA basado en el agotamiento de la vía administrativa previa mediante el ejercicio obligatorio de recursos administrativos ante el Director Ejecutivo o el Comité de Ministros, según corresponda. Solo después de resueltos estos, el ciudadano o titular puede recurrir a los tribunales ambientales (artículo 17 números 5 y 6). Lo mismo ocurre con el ejercicio de la invalidación-recurso del artículo 17 núm. 8 de la Ley 20.600, que exige agotamiento de la vía administrativa para acceder al tribunal impugnando el acto que resuelve el procedimiento administrativo, sea que realice o no la invalidación.⁸ De igual manera, para entender agotada la vía administrativa se ha resuelto que es necesaria la interposición de los recursos ante las instancias administrativas que en derecho correspondan.⁹

Sin embargo, existe un conjunto de impugnaciones en que la vía administrativa es potestativa, es decir, de ejercicio facultativo para el ciudadano o titular. Así, sucede en la impugnación de normas de emisión y calidad ambiental, declaración de zona saturada o latente, planes de prevención o descontaminación (artículo 17 núm. 1 de la Ley 20.600), resoluciones de la Superintendencia de Medio Ambiente (artículo 17 núm. 3 de la Ley 20.600) y los actos de ejecución de instrumentos de gestión ambiental (artículo 17 núm. 7 de la Ley 20.600). En estas impugnaciones no existe la obligación de agotar la vía administrativa; el ciudadano o titular puede acceder directamente al tribunal ambiental. Aquí el carácter revisor parece estar referido a la necesidad de un acto administrativo previo para recurrir al tribunal ambiental. Como se puede apreciar, no existe un modelo único de control de la actividad administrativa ambiental. Por ende, el argumento de que existiría una «característica especial» del contencioso-administrativo que permitiría explicar la institución de la desviación procesal no resulta, en principio, suficiente.

8. Ver las siguientes sentencias: Corte Suprema, rol 11.515-2015, 12 de mayo de 2016; Corte Suprema, rol 16.263-2015, 16 de agosto de 2016; Corte Suprema, rol 44.326-2017, 25 de junio de 2018; Corte Suprema, rol 8.737-2018, 12 de marzo de 2020; Corte Suprema, rol 59.656-2020, 21 de abril de 2021.

9. Así lo señaló en forma expresa la Corte: «Si bien esta Corte ha respaldado la tesis del agotamiento de la vía administrativa, no es menos cierto que ello es en base al ejercicio de los recursos que el procedimiento legalmente previene al efecto y ante las autoridades que en derecho corresponda. En la especie, se ha interpuesto un recurso jerárquico subsidiario de reposición, para ante una autoridad que, legalmente, no reúne el requisito sine qua non, de ser el superior jerárquico del órgano del cual emana el acto impugnado» (Corte Suprema, rol 33.337-2019, 15 de junio de 2020). La sentencia, sin embargo, no se pronuncia expresamente acerca de la compatibilidad del recurso de reposición administrativo con la etapa de agotamiento previo de la invalidación del artículo 17 núm. 8 de la Ley 20.600, pero todo parece indicar que sí resultan equivalentes, desde que la misma Corte acepta que el plazo para interponer la reclamación debe computarse desde que se resolvió el recurso. En ningún momento se esgrime la falta de agotamiento de la vía administrativa. Sobre esta discusión, véase Barros y Valdivia (2019: 142-152).

En segundo lugar, el carácter revisor que se le adjudica a este contencioso puede estar definido en dos sentidos (Descalzo González, 2017: 377-378). Primero puede hacer referencia a la necesidad de que exista un acto administrativo previo, de manera que no puede existir un contencioso sin un acto de la Administración que defina sus límites y contenido. Esto constituye un aspecto ampliamente debatido en el derecho comparado, especialmente en el derecho español, que a partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 fue discutiendo acerca del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa (Fernández Torres, 1998: 51). En un comienzo, los debates se centraron en torno a determinar si el carácter revisor de la jurisdicción permitía someter a los tribunales otro tipo de pretensiones que las meramente anulatorias, como las de condenas a la Administración frente a las vías de hecho, o la inactividad jurídica o material, etcétera. En ese sentido, efectivamente las competencias asignadas a los tribunales ambientales en el artículo 17 de la Ley 20.600 suponen siempre un acto previo. Esta circunstancia es la que explica, en gran medida, que el recurso de protección en materia ambiental siga teniendo un espacio exclusivo y excluyente en relación a las competencias de los tribunales ambientales (Carrasco Quiroga, 2021: 204; Hunter Ampuero, 2021: 28-30; Bordalí y Hunter, 2020: 93; Fermandois y Chubretovic, 2016: 72-75). Sin embargo, de tal característica no se deriva que la revisión de los actos ambientales deba realizarse con apego a los vicios de ilegalidad promovidos en las instancias administrativas. Este no puede ser, por lo tanto, un fundamento para entender o comprender la desviación procesal en el contencioso ambiental chileno.

El otro sentido en que también puede entenderse el carácter revisor de la jurisdicción sí está vinculado a la desviación procesal. Se estima, por un lado, que en sede judicial no pueden plantearse pretensiones diferentes que las invocadas en sede administrativa y, por el otro, tampoco pueden promoverse «cuestiones nuevas» en sede judicial que no hayan sido invocadas ante la autoridad administrativas, lo que no resta la posibilidad de modificar o cambiarse los argumentos jurídicos (Descalzo González, 2017: 377; Escuin y Belando, 2011: 37). Si bien en esto suele existir consenso doctrinal, nuevamente hay incertidumbre acerca de los contornos concretos de la figura, de cuál es su fundamento, y en concreto, de cómo debería operar en materia ambiental.¹⁰

10. Por otro lado, la doctrina reconoce en la interposición de los recursos administrativos una suerte de principio «antiformalista» (Vivas Puig y Campos Daroca, 2016: 89; Sánchez Morón, 2019: 858), que ciertamente resulta difícil de conciliar con la exhaustividad que exigiría la identidad de pretensiones o la evitación de la desviación procesal.

¿Qué sentido tiene el artículo 54 de la Ley 19.880?

Uno de los argumentos esgrimidos por la Corte para sostener la desviación procesal es el artículo 54 de la Ley 19.880, y especialmente el tenor literal de la disposición al utilizar la expresión «igual pretensión». Según se explicó, la Corte entiende que los efectos inhibitorios e impeditivos que produce la interposición de recursos administrativos son explicables en la medida en que se busca que no se conozca un mismo asunto paralelamente por la Administración y los tribunales.

En la historia de su tramitación legislativa no se advierte mayor atención acerca de qué debía entenderse por «igual pretensión».¹¹ Lo cierto es que esta regla ha tenido escaso desarrollo en la doctrina nacional (Cordero Vega, 2015: 227; Valdivia Olivares, 2018: 292; Ferrada Bórquez, 2011: 254-260; Osorio y Vilches, 2020: 372; Bermúdez, 2014: 228-231), y no hay un consenso respecto del objetivo de la misma. Así, Bermúdez entiende que el artículo 54 de la Ley 19.880 tiene por finalidad regular las relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional impidiendo que un asunto sea conocido por ambas vías al mismo tiempo, de manera de evitar decisiones contradictorias (Bermúdez Soto, 2014: 229-331). Esta posición si bien no hace referencia a la identidad de pretensiones entre la reclamación administrativa y judicial, adscribe la finalidad de esta norma a evitar posibles decisiones contradictorias. Esta posibilidad únicamente sería factible cuando la pretensión ejercida en el recurso sea la misma —hechos, derecho y petición— que la ejercida en sede judicial.

A mi entender la regla en cuestión no tiene que ver con una exigencia de identidad entre pretensión administrativa y judicial. Su finalidad no radica en establecer una carga para el impugnante de individualizar los vicios de legalidad que posteriormente fundamentarán la reclamación judicial. El objeto es doble: por un lado, dar cuenta del carácter potestativo de los recursos administrativos como regla general en nuestro derecho (Ferrada Bórquez, 2011: 255), y, por el otro, establecer reglas de coordinación entre la etapa administrativa y judicial, de manera de evitar que ambas instancias se pronuncien al mismo tiempo, materializando el principio de primacía jurisdiccional (Osorio y Vilches, 2020: 372).¹²

De esta forma, a falta de una regla especial diversa, el ciudadano puede recurrir directamente a la judicatura interponiendo su pretensión en contra de la actuación administrativa que le causa agravio. Goza de un derecho de opción entre la vía administrativa o la judicial. Sin embargo, cuando decide impetrar un recurso administrativo debe esperar la decisión por parte de la Administración. Si interpone una

11. Véase Historia de la Ley 19.880, disponible en <https://bit.ly/3e2ovWL>.

12. Este efecto de supremacía es propio del modelo de Estado de derecho, y deriva de la posición constitucional de los tribunales de justicia, y del pleno sometimiento y control del quehacer jurídico y material de las administraciones públicas a los tribunales de justicia. Véase Valdivia Olivares (2017: 389-432).

pretensión judicial en contra de la misma actuación administrativa sin que se haya resuelto la vía recursiva burocrática, se entiende que el interesado está renunciando a la posibilidad de que su asunto sea resuelto por la instancia pública; esto genera, al mismo tiempo, un deber de inhibición a la Administración que emana de la supremacía de la jurisdicción. La consecuencia directa de este modo de entender la regla en análisis, es que nunca Administración y tribunales de justicia conocerán de un asunto de manera paralela y, en consecuencia, no existe la posibilidad de decisiones contradictorias.

Adicional a lo anterior, no puede desconocerse que la vinculación entre vía administrativa y judicial en los términos que viene exigido por la jurisprudencia pone en peligro la tutela judicial efectiva. Si efectivamente el artículo 54 de la Ley 19.880 obligara siempre y en todo caso a interponer la «misma pretensión» en sede judicial, el interesado se jugaría gran parte del contenido de su reclamación en el recurso administrativo. Dado que no se pueden invocar motivos nuevos de ilegalidad y debe mantenerse inalterada la pretensión, entonces el ejercicio del recurso administrativo ya entrega el contenido material y jurídico de la futura reclamación judicial. Esto en materia ambiental no resulta del todo consistente considerando la difusa regulación. Por un lado, los recursos administrativos en sectores como las sanciones ambientales deben interponerse en un reducido plazo de cinco días (artículo 56 de la LOSMA), mientras que, en otros sectores, como en la evaluación de proyectos, en treinta días (artículo 20 de la Ley 19.300). A su vez, en el contencioso normativo —normas de emisión y de calidad— los recursos administrativos se rigen por las reglas generales contenidas en el artículo 59 de la Ley 19.880, por lo que deben interponerse en el plazo de cinco días. Como se podrá observar, se trata de plazos diferentes y en algunos casos muy acotados, por lo que exigir al impugnante invocar y desarrollar todos los vicios que adolece el acto podría implicar una carga absolutamente desproporcionada para el exiguo plazo asignado (cinco días); en consecuencia, bajo ese contexto el agotamiento se percibe como una restricción no justificable de acceso al tribunal ambiental.

Pero además una exigencia de identidad entre pretensión administrativa y la judicial haría ineficaz el uso estratégico de los recursos cuando estos tienen una naturaleza potestativa. En estos supuestos el legislador no obliga a interponerlos para acceder luego a la jurisdicción, por lo que el regulado puede hacer un uso estratégico de los mismos. Esto puede significar que los fines perseguidos con los recursos no estén vinculados a la legalidad (anulación del acto reclamado), sino al ejercicio de las potestades discrecionales (modificaciones del acto en relación al mérito, oportunidad y conveniencia). En este sentido, si el recurso administrativo constituye siempre la antesala de la futura reclamación judicial —incluso en aquellos casos en que el recurso es potestativo—, la posibilidad de activar el ejercicio de la discrecionalidad de la Administración resultaría imposible. Esto porque si la reclamación administrativa

se funda en razones de mérito y oportunidad, se produciría un efecto inmediato, claramente indeseado: quedaría extinguida, por ese solo hecho, la acción para recurrir ante el tribunal de justicia, pues estos solo pueden conocer pretensiones basadas en la ilegalidad de un acto y no en mérito de oportunidad. De esta manera, una pretensión realizada por medio de un recurso para activar la discrecionalidad de la Administración nunca podría ser idéntica a la pretensión judicial.

Teoría de los actos propios

La teoría de la vinculación a los actos propios no ha estado ajena al contencioso-administrativo. Se trata de una teoría frecuentemente invocada por la Corte para resolver muchos asuntos, y suele justificarse en la buena fe como principio general del derecho. En términos generales, se dice que en virtud de esta doctrina «a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica», es decir, «una persona no puede sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto»,¹³ de manera tal que «si así lo hace, habrán de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta u omisión, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis, por envolver un cambio de comportamiento que no resulta aceptable».¹⁴ Como se puede apreciar, se suele identificar aquí una suerte de regla de preclusión que impediría que un impugnante modifique la posición jurídica sostenida en sede administrativa, ya sea al momento de interponer un recurso o diseñar su defensa (véase Calatayud Prats, 2020: 229-295). De esta forma, la infracción de esta «regla» hace incurrir en desviación procesal, y el tribunal debe así declararlo.

Esta teoría permite explicar la desviación procesal, pero no constituye su fundamento. Esta no se crea con la finalidad de operativizar el principio de buena fe. Por ello, me parece dudoso aceptar una tesis que imponga a los regulados, de manera general, un deber de consistencia de sus posiciones jurídicas, siempre y en todo momento. El cómo se estructura una defensa depende muchos factores, que pueden adaptarse o sujetarse a nuevas ponderaciones en base a mejor información o conforme avanza el procedimiento respectivo. Actuar en contravención de los actos anteriores no siempre supone una actuación contraria a la buena fe, ni un ánimo de defraudar las actuaciones administrativas previas. Por tal razón, el cambio o modificación que pueda realizar un impugnante no siempre puede ser calificado de arbitraria. En realidad, la exigencia de identidad solo se justifica si es que cumple una determinada función en el sistema recursivo, y esta no es la protección de la buena fe.

13. Corte Suprema, rol 38.228-2016, 28 de diciembre de 2016.

14. Corte Suprema, rol 40.706-2016, 15 de diciembre de 2016.

¿Por qué la desviación no debería aplicarse a los recursos administrativos potestativos en materia ambiental?

La respuesta a esta interrogante requiere de una consideración preliminar. Hay cierto consenso en la doctrina de que la función de los recursos obedece a un binomio garantía-control (Escuin y Belando, 2011: 38-49). Por una parte, constituye una garantía para los ciudadanos, es decir, es un mecanismo reaccional ante la actividad administrativa ilegal con el propósito de anular o modificar un acto lesivo a los intereses de los impugnantes; por la otra, es considerado una forma de control interno del órgano gestor del acto materia de la impugnación. De esta forma, cuando el recurso administrativo es de agotamiento obligatorio, este binomio se inclina a la idea de control administrativo interno, y pasa a constituir un verdadero privilegio para la autoridad administrativa. Al ser vinculante su interposición por el ciudadano deja de tener una función de garantía (Escuin y Belando, 2011: 35).

Uno de los aspectos claves del contencioso ambiental chileno fue la necesidad de agotar la vía administrativa en forma previa al acceso a la jurisdicción. El debate promovido en la discusión de la Ley 20.600 siempre supuso que una forma de hacer frente al temor de la sobrejudicialización de los proyectos fue manteniendo el sistema de recursos administrativos obligatorios contenido en la Ley 19.300 (Barros y Valdivia, 2019: 133-140). Detrás de esta idea estaba la posibilidad de que la institucionalidad ambiental (el Sistema de Evaluación Ambiental) tuviera la oportunidad de revisar y corregir los vicios de legalidad que se invocaban, evitando, de esa forma, futuros litigios. Bajo esta lógica, la carga de indicar en la reclamación administrativa todos los vicios de que adolece el acto es inherente y consustancial para el éxito del agotamiento obligatorio de la vía administrativa.

En efecto, si la interposición de recursos en forma previa al acceso al tribunal tiene por finalidad «evitar un litigio eventual, al poner a la Administración sobre aviso respecto de las dudas que suscita la regularidad de un acto administrativo» (Barros y Valdivia, 2019: 145), la única forma de lograr tal objetivo es impidiendo que el impugnante se reserve vicios de ilegalidad para hacerlos valer, exclusivamente, en sede judicial. El agotamiento obligatorio de la vía administrativa puede estimarse constitucionalmente admisible, y consistente con la tutela judicial efectiva, en la medida en que pueda cumplir su finalidad. Para ello, lo ideal habría sido que el legislador hubiese creado diseños recursivos estableciendo las cargas precisas a que deben someterse los impugnantes. Tales reglas, sin embargo, no existen en el derecho nacional.¹⁵ Por

15. Más allá del plazo de interposición ni la Ley 19.300 ni el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA) regulan los requisitos que deben cumplir los recursos administrativos. Tal omisión debería ser remediable por medio de la aplicación de la Ley 19.880, específicamente por el artículo 30 letra b) que exige indicar los «hechos, razones y peticiones en que consiste la solicitud». A su vez,

eso, el rol de la jurisprudencia ha resultado fundamental. Si la impugnación judicial pudiese desligarse de la administrativa, sin conexión, entonces la posibilidad de burlar los fines del agotamiento obligatorio resulta patente.¹⁶

Ahora bien, esta lógica no se encuentra presente en el recurso administrativo potestativo, pues ahí debe privilegiarse su entendimiento en tanto garantía para el impugnante. Exigir siempre consistencia en los motivos y vicios invocados impediría la utilización de estos recursos para fines diferentes al ejercicio de la potestad anulatoria de la autoridad administrativa. Es posible que un ciudadano esté dispuesto a aceptar una modificación del acto con la única finalidad de evitar el litigio. Para conseguir ese propósito, sin embargo, no necesita invocar razones de ilegalidad pues le es suficiente activar un ejercicio razonado de la discrecionalidad administrativa, especialmente en materia de sanciones (Gómez González, 2021). Así entonces una versión fuerte o amplia de la desviación procesal impediría a ese impugnante invocar motivos de mérito u oportunidad en el recurso administrativo, dado que en sede judicial solo podrá hacer valer motivos de legalidad, los que resultarían incompatibles.

Por otro lado, y tal como se indicó, en materia ambiental el plazo para interponer recursos potestativos (reposición o jerárquico) es muy acotado, esto es, solo de cinco días. A diferencia de los treinta días que existe para la impugnación en los casos de agotamiento obligatorio —el que puede considerarse razonable atendido los efectos del acto que se realiza—, este plazo es demasiado exiguo como para pretender que

el artículo 27 de la Ley 20.600, exige que las reclamaciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho. No obstante, tal como se indicó, la Corte Suprema parece ver en el artículo 54 de la Ley 19.880 la exigencia de identidad de pretensiones. De la misma manera, el Tercer Tribunal Ambiental en sentencia de agosto de 2021, causa rol R-11-2020, invocó como fundamento el artículo 29 de la Ley 20.600, entendiendo que la Administración reclamada solo puede informar consignando los fundamentos y motivos en que se basa el acto reclamado, por lo que, si este no ha dado cuenta de la controversia promovida en sede judicial, por no haberla planteado en sede administrativa, habría desviación procesal. Comparto el razonamiento del tribunal, con la prevención de que el informe del órgano reclamado tiene finalidades que desbordan la pura consignación de los fundamentos del acto reclamado, aproximándose más a una contestación que a un informe. Por su extensión, no es posible analizar estos aspectos en este trabajo.

16. El Tercer Tribunal Ambiental, en sentencia de 12 de agosto de 2020, rol R-29-2019, señaló: «Esta finalidad se vería seriamente burlada si el impugnante pudiese en la acción judicial modificar sustancialmente o añadir nuevos motivos de ilegalidad, o simplemente reservarse los vicios más importantes para la etapa judicial, privando a la Administración de la posibilidad de realizar el control previo y subsanar sus errores. Por ese motivo la prohibición de desviación procesal cumple una función central en este diseño institucional: pone en el impugnante la carga de desarrollar en el recurso administrativo todos los vicios que considera que afecten la legalidad del acto, y a su vez, impide invocar en sede judicial motivos de ilegalidad nuevos». Este mismo Tribunal en sentencia de 27 de noviembre de 2019, rol R-19-2019, expresó: «Carecería de sentido establecer una vía perentoria de reclamación administrativa —que busca evitar la intervención del aparato jurisdiccional—, si posteriormente el administrado puede alegar vicios nuevos, que no ha sometido al análisis y consideración previa de la Administración. Es esta una característica esencial de los procesos contenciosos de revisión de decisiones administrativas».

el impugnante deba esgrimir los argumentos y vicios de legalidad que definirán su futura pretensión ante el tribunal ambiental.¹⁷ Por eso, el legislador ha establecido un plazo más extenso tratándose del agotamiento obligatorio de la vía administrativa, pues ahí el recurso administrativo produce efectos directos y vinculantes respecto de la futura pretensión judicial. No sucede lo mismo en los recursos potestativos; por ello la desviación no cumple ningún rol en el diseño institucional vinculado a la impugnación.¹⁸

La desviación procesal como mecanismo para el éxito del agotamiento obligatorio de la vía administrativa en el contencioso ambiental

He indicado que uno de los aspectos claves del contencioso ambiental chileno fue la necesidad de agotar la vía administrativa en forma previa al acceso a la jurisdicción. En el centro de esta idea está la articulación de instancias que eviten futuros litigios. La realidad, sin embargo, corrigió rápidamente esa conclusión. Por un lado, los casos ambientales más emblemáticos, generalmente ligados a grandes proyectos de inversión, siguen resolviéndose en los tribunales de justicia.¹⁹ Por el otro, no existen estudios en nuestro país que den cuenta de la efectividad de esta política pública. Se desconoce cuántos casos en los que se interponen recursos administrativos no terminan en los tribunales ambientales. A lo anterior se suma el efecto no suspensivo de los recursos administrativos, por lo que el impugnante queda obligado a soportar el efecto del acto hasta que se resuelva la impugnación o dicte sentencia en sede judicial (Bauzá Martorell, 2021: 119).

A pesar de ello, siguen existiendo, a mi juicio, buenas razones para insistir con el agotamiento de la vía administrativa, y con ello justificar y dar consistencia a una aplicación de la desviación procesal. Y ello porque, cualquiera sea su modalidad en

17. El Tercer Tribunal Ambiental, en sentencia de 12 de agosto de 2020, rol R-28-2020, señaló: «la amplitud del plazo de 30 días administrativos establecido por el legislador para la interposición de los recursos administrativos ante el Director Ejecutivo del Sistema de Evaluación Ambiental (SEA) o el Comité de Ministros (artículo 20 inciso primero de la Ley 19.300) se explica por la necesidad de darle al impugnante un espacio de tiempo razonable para desarrollar todos los motivos de ilegalidad que afectan al acto. La interposición del recurso administrativo produce efectos en la futura impugnación judicial, por lo que el legislador ha previsto un término mucho más extenso que los cinco días que el artículo 55 de la LOSMA dispone para el ejercicio de la reposición por el sancionado. De esta forma, es posible advertir que, a diferencia de los otros recursos administrativos en materia ambiental, la prohibición de desviación procesal no cumple rol alguno en el diseño recursivo de las sanciones ambientales».

18. Véase, sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, 12 de agosto de 2020, rol R-29-2019.

19. Como ejemplos mediáticos pueden citarse: Proyecto Tronaduras de Mina Invierno (R-77-2018, del Tercer Tribunal Ambiental), Proyecto Dominga (R-1-2017, del Primer Tribunal Ambiental), Proyecto HidroAysén (R-40-2014, del Segundo Tribunal Ambiental), Modificación RCA Proyecto Pascua Lama (R-143-2017, del Segundo Tribunal Ambiental), entre otros.

materia ambiental, la forma de articular la nueva revisión de la autoridad es por medio de los recursos administrativos. Los órganos que deben resolverlos vuelven a ejercer el mismo poder de órgano del cual emana la decisión primaria, de manera que la función de estos debería ser la de alcanzar la decisión más correcta y oportuna (Diez Sastre y Rodríguez de Santiago, 2021: 485-486) considerando la información disponible en la evaluación y la que se genere en el contexto del procedimiento de revisión. Quiero desarrollar con un poco más de precisión esta idea.

Administración técnicamente calificada y procedimientos complejos

Una de las características de los procedimientos ambientales en los que se dictan actos autorizatorios es su complejidad técnica. El acto terminal del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), que es la RCA, constituye una manifestación de voluntad de la autoridad pública, en la que han contribuido una multiplicidad de órganos sectoriales con competencias ambientales. Este procedimiento se caracteriza por su carácter técnico y especializado (Guzmán Rosen, 2012: 133-134; Cordero Vega, 2013: 515), y su objeto es determinar si un proyecto o actividad se ajusta a las normas legales vigentes, y si las medidas de mitigación, compensación o reparación son apropiadas (artículo 16 inciso final de la Ley 19.300).

En el desarrollo del procedimiento de evaluación suelen promoverse discusiones científicas, técnicas o metodológicas de la información entregada por el titular, como también sobre la fiabilidad, suficiencia o completitud de la evidencia utilizada por la autoridad ambiental al adoptar su decisión. Estas controversias, si bien pueden estar mejor atendidas en una justicia especializada que en una ordinaria (Tapia y Cordero, 2015: 12), presentan ciertas particularidades que las hacen componibles, de mejor forma, en sede administrativa. En efecto, se debe partir de la base que las disputas sobre los hechos (como la identificación de impactos o riesgos, o el descarte de los impactos significativos adversos) son esencialmente epistémicas: guardan relación con la calidad de la información y su valoración por el órgano decidor. Por ende, como la decisión acerca de los hechos es siempre contextual, esto es, depende del conjunto de información disponible para efectuar el juicio fáctico (Ferrer Beltrán, 2007: 45), es perfectamente posible que las instancias recursivas sirvan para completar o fiabilizar la información producida en el procedimiento de evaluación. Esto es lo que subyace en la regulación de los recursos administrativos ante el Comité de Ministros o el Director Ejecutivo. De acuerdo con el artículo 20 inciso segundo de la Ley 19.300, estos órganos pueden solicitar a terceros, de acreditada calificación técnica, un informe independiente con el objeto de ilustrar adecuadamente la decisión. De igual forma, deben —en el caso de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA)—, y pueden —en las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA)—, solicitar informe a los organismos sectoriales que participaron en la evaluación en relación con la materia objeto del

reclamo y la información o antecedentes que se estimen necesarios para la adecuada resolución de la reclamación (artículo 20 inciso tercero de la Ley 19.300, en relación con el artículo 79 incisos primero y segundo del RSEIA).

Así, entonces, se puede apreciar que cuando las controversias promovidas en los recursos administrativos están vinculadas a la suficiencia, idoneidad o completitud de la información recopilada, ya sea por el titular o por los organismos sectoriales que participaron en la evaluación, la autoridad encargada de resolver goza de amplias potestades de instrucción. Y ello porque los recursos administrativos obligatorios deben permitir a los órganos encargados de resolverlos contar con las herramientas para subsanar los defectos o vicios de legalidad que se invocan y conservar el acto administrativo, mejorando la calidad de las decisiones administrativas.²⁰ Los propósitos institucionales del órgano administrativo debieron estructurar un conocimiento de las impugnaciones que les permita fortalecer y/o proteger la decisión, entendiendo que esta es la mejor forma de satisfacer el interés general y los intereses en disputa. Así, entonces, si las jurisdicciones especiales son menos deferentes a la Administración, la vía obligatoria es una forma de fortalecer, corregir y mejorar la decisión administrativa que se someterá a control.

En otro orden de ideas, no cabe duda de que en materia ambiental a las autoridades públicas les corresponde desarrollar programas normativos indeterminados o con escasa determinación, lo que abre amplios espacios para la apreciación y discrecionalidad, cuyo ejercicio permite concretar políticas públicas (Rodríguez de Santiago, 2016: 26; Medina, 2016: 134-141; Santamaría Arinas, 2016: 49-51). Esta forma de «ordenar» la actividad de la Administración ha sido utilizada en los ámbitos en que la solución debe apreciar las particularidades del caso, que son imposibles de ser previstas por el legislador en forma anticipada (como en muchas parcelas del derecho ambiental).²¹ Esto ha relevado la importancia del procedimiento administrativo desde dos perspectivas: primero, porque la «desmaterialización» de la regulación

20. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales ambientales ha sido consistente en torno a la amplitud de las potestades del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo al momento de conocer de las reclamaciones administrativas de ejercicio obligatorio, reconociéndoles la posibilidad de revisar las cuestiones de legalidad y mérito u oportunidad e incluso de incorporar nuevas causales de rechazo del proyecto. Véase Corte Suprema, rol 6563-2013, 17 enero de 2014; Corte Suprema, rol 32368-2014, 20 de agosto de 2015; Corte Suprema, rol 2653-2018, 22 de octubre de 2018; Corte Suprema, rol 2907-2018, 26 de septiembre de 2019; Segundo Tribunal Ambiental, rol R-166-2017, 4 de junio de 2019. En una perspectiva más restrictiva, Tercer Tribunal Ambiental, rol R-26-2019, 31 de julio de 2020.

21. Por ejemplo, la determinación de las medidas de mitigación adecuadas en relación con un proyecto que presenta o genera alteración significativa del valor turístico de una zona por la duración y magnitud en que se obstruye el acceso, dependerá de las circunstancias del caso. Por ende, la autoridad administrativa utiliza el procedimiento como mecanismos para encontrar aquellos factores relevantes para adoptar la decisión que mejor satisfaga el interés público.

ambiental impone exigencias procedimentales y estructuras organizativas apropiadas de averiguación y determinación de los factores relevantes para adoptar las decisiones (Rodríguez de Santiago, 2016: 27). El procedimiento administrativo de revisión es una instancia para adecuar la decisión a esas circunstancias del caso, que —por alguna razón jurídica o de oportunidad— se consideraron irrelevantes o en forma equívoca en el acto impugnado. En segundo término, el procedimiento administrativo de revisión tiende a fortalecer la legitimidad de la decisión y reforzar el control de la discrecionalidad, considerando la especialidad del órgano y el conjunto de espacios en que detenta la última decisión (Devlin, 2018: 1241). Por ello, plantear una controversia al interior de la Administración en los espacios en que subyacen fuertes poderes discrecionales, antes de su judicialización, permite hacer un uso más racional y justificado de ese poder, como también construir un expediente más robusto y útil (Devlin, 2018: 1241).

Composición de intereses en tensión

Los conflictos medioambientales suponen en ocasiones discusiones que buscan resolver problemas de intereses contrapuestos. Por lo general, las personas naturales o jurídicas que impugnan los actos ambientales tienen intereses vinculados a bienes ambientales de naturaleza colectiva y de disfrute común, componentes que pueden verse afectados por la ejecución de un proyecto. Las actividades económicas, frecuentemente, requieren del uso de recursos naturales de disfrute colectivo, ya sea en su proceso productivo o como receptores de sus emisiones. La presión que se crea sobre el uso de esos bienes ambientales debe resolverse en el procedimiento de evaluación, el que se constituye en el primer momento para la solución de los conflictos.

De esta manera, el procedimiento de evaluación ambiental no debe ser concebido solo como un conjunto reglado de actos destinado a encontrar la voluntad administrativa que mejor se avenga al interés general, sino que es, además, «un lugar público donde se produce el diálogo abierto entre todas las personas, públicas y privadas, concernidas por la determinación del interés general en un asunto cualquiera» (Vaquer Caballería, 2020: 63; Canals, 2016: 204). Esta función del procedimiento administrativo, en el contexto de la revisión de los actos, es muy relevante cuando se piensa en los costos destinados por la autoridad ambiental al momento de evaluar un proyecto, lo que puede repercutir, desde luego, en la eficacia de la actividad administrativa.²² En efecto, si la actividad de impugnación orbita en que la autoridad

22. Frente a un conflicto, el procedimiento de revisión del acto permite establecer nexos entre la autoridad administrativa y los ciudadanos con miras a arribar a una nueva decisión que permita, por un lado, evitar el proceso contencioso-administrativo, y, por el otro, la tutela de los intereses del impugnante (Vaquer Caballería, 2020: 63).

ambiental no ponderó adecuadamente la observación ciudadana, el proceso de revisión ante el Director Ejecutivo o el Comité de Ministros es una nueva instancia para que la Administración, con la misma o adicional información técnico-ambiental, pueda identificar nuevos intereses en juego o ajustar la ponderación de los intereses contrapuestos (por ejemplo, imponiendo medidas o exigencias ambientales para la ejecución del proyecto, estableciendo o complementando medidas de compensación, mitigación, etcétera), de manera de evitar, de esa forma, la judicialización del asunto. Se trata, en sencillas palabras, de una oportunidad para *ajustar los criterios de actuación* de la autoridad en relación a las controversias promovidas por los particulares en las instancias recursivas.²³

Una propuesta interpretativa: el necesario equilibrio entre los fines del agotamiento obligatorio de la vía administrativa y la tutela judicial efectiva

Como se ha indicado, de constatarse que el impugnante incurrió en desviación procesal, el tribunal ambiental no debe pronunciarse sobre las controversias sustantivas, y ello porque los vicios, hechos o motivos nuevos no han sido colocados previamente al examen de la autoridad administrativa. Por otro lado, la desviación procesal debe ser declarada de oficio por el tribunal ambiental, aunque no se haya alegado, dado que la institución promueve la consecución de fines de interés general cuyo cumplimiento resulta incompatible con dejar su denuncia en juicio a la actividad de partes.²⁴ Por esa razón, la posibilidad de incurrir en desviación procesal debería ser incentivo suficiente para que el impugnante detecte e individualice en sede administrativa todos los vicios de ilegalidad que entienda adolece el acto reclamado.

Sin embargo, la doctrina ha dicho que «no es ajeno al quebranto que ocasiona a la tutela judicial efectiva una concepción excesivamente rígida y formalista de la desviación procesal, por cuanto la falta de respuesta judicial constituye denegaciones de justicia en sentido propio» (Bauzá, 2021: 184). Por tal razón, es necesario entender que no todas las posibles discrepancias entre lo alegado en sede recursiva administrativa y la judicial constituyen desviación procesal; como también la exigencia de

23. Se explica por la doctrina que «como fundamento de la discrecionalidad, el procedimiento es una fuente de racionalidad y, por tanto, de legitimidad de su ejercicio. En efecto, la «procedimentalización» de la decisión discrecional puede servir para explicitar fundamentos, armar consensos y prevenir o corregir conflictos con los afectados por ella, fortaleciendo la validez de lo actuado» (Vaquer Caballería, 2020:72).

24. El Primer Tribunal Ambiental, en sentencia de 19 de agosto de 2020, rol R-30-2019, justificó su actividad oficiosa señalando: «Que, si bien las partes no controvierten sobre este punto, este Tribunal estima necesario referirse al efecto toda vez que en los hechos la situación planteada configura lo que en doctrina se ha denominado *desviación procesal*, vicio del procedimiento que, atendido su entidad e incidencia en la discusión de autos, faculta al sentenciador para emitir pronunciamiento al respecto».

individualización de los vicios tiene un contenido concreto y un estándar de determinación que deriva de la presunción de legalidad de los actos de la Administración. Esto es relevante porque no entenderlo así compromete, por un lado, la tutela judicial efectiva de los terceros absolutos o relativos, sin que existan, correlativamente, razones para vulnerar los propósitos del agotamiento de la vía administrativa; por el otro, la especificación de los vicios permite situar la controversia en unos contornos que posibilitan a la autoridad ambiental discernir y corregir los posibles vicios que adolezca el acto. Analizaremos las hipótesis en lo que sigue.

Carga de fundamentación de la reclamación administrativa

Para que la desviación procesal cumpla sus fines institucionales es necesario que el impugnante venza la carga de la impugnación en sede administrativa, lo que conlleva la de indicar los vicios que adolece el acto y sus fundamentos. Esta carga deriva de la presunción de legalidad de los actos de la autoridad e implica «la de justificar las razones (fácticas y jurídicas) por las cuales se considera que el acto es contrario al ordenamiento, pues, como es obvio, no cabe la impugnación del acto sin más y esperar a que sea la Administración la que demuestre la presencia de todos y cada uno de los requisitos de validez del acto, o a que, cuando se interponga un recurso, lo haga de oficio el órgano administrativo o judicial»²⁵ (Cano, 2020: 21-22; Doménech, 2010: 1034). Esto es absolutamente relevante. Si el impugnante introduce una alegación genérica en el recurso administrativo, resultará difícil a la autoridad ambiental realizar un análisis con un genuino sentido de revisión. El escrutinio de un acto administrativo siempre requiere de unos hechos que determinen un bloque de legalidad de referencia que permita definir el ámbito y alcance de la controversia. Ejemplo de esta naturaleza sería el caso en que el impugnante señale que un proyecto o actividad produce los efectos del artículo 11 letra a) de la Ley 19.300, pero sin indicar de qué forma. O que se esgrima la falta de fundamentación de todo o parte del acto, pero no se señalen las razones o motivos que producirían dicho vicio. La respuesta que pueda otorgar la Administración a una solicitud con un contenido como ese será necesariamente general, y pasará por reproducir los mismos antecedentes que le han

25. Señala la doctrina: «Es una carga procesal ineludible para el demandante realizar la aportación de los motivos. La asunción de esta carga debe ser vigilada y respetada por el órgano jurisdiccional sin que este pueda asumir suplencia alguna ante los vacíos argumentales que pueda observar [...], por lo que no corresponde al órgano jurisdiccional averiguar o descubrir motivos de impugnación ni averiguar cuáles son los preceptos que por aplicación a lo alegado deben de considerarse infringidos [...] ni hacer un ejercicio de imaginación sobre esa misma fundamentación». Y añade: «No basta con cualquier tipo de alegación sobre los motivos, como por ejemplo una mera 'denuncia genérica de ilegalidad', sino la razón de la impugnación, el porqué de su discrepancia con la actividad impugnada, los fundamentos jurídicos y los argumentos que apoya la pretensión» (De Vicente, 2016: 146-150).

permitido arribar a la conclusión cuestionada. Esto, desde luego, no coopera con el sentido del agotamiento obligatorio.

Evidentemente que la fundamentación que se exige de la impugnación no pasa por un desarrollo detallado, exacto y preciso de las cuestiones jurídicas o fácticas, máxime cuando se trata de asuntos en los que, por lo general, se ventilan temáticas científicas complejas.²⁶ Sin embargo, resulta indispensable que se fije adecuadamente un marco en el cual desarrollar la discusión y posterior respuesta que deba dar la Administración, lo que constituirá el futuro debate en sede judicial. Sin estas coordenadas mínimas en el desarrollo de las controversias resulta difícil que la autoridad administrativa pueda evitar el posterior juicio, dando una respuesta adecuada a la pretensión del impugnante.

La consecuencia del incumplimiento de esta carga, cuando no ha sido advertida por la autoridad administrativa en la admisión del recurso, es la desviación procesal. La falta o ausencia de individualización de los vicios de legalidad en sede administrativa hace que cualquier alegación posterior sea necesariamente nueva. Si el impugnante hace una alegación genérica que posteriormente concreta en la impugnación judicial, de alguna manera, promueve una controversia nueva, respecto de la que la autoridad ambiental no ha tenido la posibilidad de revisar previamente. Por eso la importancia de dar cumplimiento a esta exigencia mínima.

La exigencia de fundamentación presenta una especial importancia tratándose de la impugnación de la RCA por falta de consideración de las observaciones ciudadanas. Las observaciones como modalidad de participación en el procedimiento de evaluación requieren satisfacer exigencias mínimas, por lo que generalmente se articulan como preocupaciones generales sobre los componentes ambientales o los impactos del proyecto (Bordalí y Hunter, 2020: 197). La consideración que realiza la autoridad administrativa suele abarcar una multiplicidad de materias que hacen referencia a la información levantada sobre el componente ambiental observado. Por ende, es necesario que la reclamación administrativa verse sobre un aspecto específico de la respuesta otorgada por la autoridad administrativa. Ello solo puede lograrse si el impugnante cumple con la carga de fundamentación. De esta forma, la reclamación judicial orbitará sobre temáticas más específicas aún, por lo general, sentadas sobre la respuesta brindada por el Comité de Ministros o el Director Ejecutivo al recurso administrativo. Esta concreción acerca de la controversia es natural que se produzca y suele atenuar el vínculo con la observación original. Ello, sin embargo, no

26. Este razonamiento está en consonancia con lo indicado por la Corte Suprema, rol 40.721-2017, 13 de febrero de 2018, *Walmart Chile S.A. con Municipalidad de Lo Barnechea*, en el sentido de no exigir el cumplimiento rígido de los requisitos de las demandas o reclamos contenciosos administrativos, ni someterlos a exigencias exorbitantes, rígidas o sacramentales, ni menos aún efectuar una interpretación restrictiva de sus presupuestos. Véase Hunter Ampuero (2014: 201-203).

implica que deje de exigirse una conexión entre reclamación judicial y observación ciudadana.

Posibilidad de que se promuevan nuevas discusiones a partir de la respuesta de la autoridad ambiental

La dinámica de las controversias ambientales no suelen ser estáticas. Presentan un dinamismo que es propio de materias en las que se entremezclan temas científicos, generalmente complejos, con instituciones jurídicas en constante evolución. Por otro lado, la información que se recopila en el procedimiento de evaluación y en la resolución del recurso administrativo es abundante y dispersa, y se produce, en ocasiones, un cruzamiento en relación con la justificación de los riesgos o impactos que pueda producir un proyecto. Esto puede dar lugar a incorporar en la respuesta de la autoridad ambiental nuevos enfoques o perspectivas, haciendo referencias a partes o piezas del expediente que no hayan sido evidenciadas en la RCA o en la decisión del recurso administrativo. Así, por ejemplo, si para justificar el descarte de un impacto en la calidad de vida de las personas la autoridad administrativa hace referencia a un informe de modelación de olores, es perfectamente posible que en una reclamación judicial la controversia se sitúe en la metodología o justificación de los datos utilizados para alimentar el modelo en el que se realizó la modelación. La controversia, de alguna manera, muta por otra que es introducida en sede judicial, pero cuya génesis se vincula a la respuesta dada por la Administración, la que, a su vez, está vinculada por el vicio de ilegalidad invocado en sede administrativa.

En este aspecto, no puede entenderse que exista desviación procesal cuando en sede judicial se añaden referencias o argumentos adicionales que guardan conexión con las respuestas que la autoridad administrativa otorga a las alegaciones del recurso administrativo. Y ello porque no se está promoviendo una controversia nueva, desligada de la que se esgrimió en sede administrativa. En estricto rigor se está discutiendo sobre la respuesta otorgada por la Administración en relación con los vicios de ilegalidad que han sido esgrimidos en el recurso administrativo.

En consecuencia, no puede existir desviación procesal si se aprecia que es la autoridad administrativa la que, al momento de resolver el recurso administrativo, amplía e introduce nuevos aspectos que podrían generar otras discusiones. En tal situación corresponde que el tribunal ambiental revise las cuestiones de fondo promovidas en la reclamación judicial.

Posibilidad de alegar nuevos argumentos para fundar el vicio de ilegalidad

En esta hipótesis el impugnante insiste con el vicio invocado en sede administrativa, pero agrega nuevos argumentos o motivos para fundar la ilegalidad. Esta posibilidad

requiere hacer una distinción: por un lado, la relación entre reclamación judicial y observación ciudadana; y, por el otro, entre reclamación administrativa y judicial. Analizaremos ambos casos desde la perspectiva de la desviación procesal.

En el primer caso, es posible que en la reclamación judicial se incorporen antecedentes fácticos que no estaban consignados en la observación ciudadana, pero que necesariamente orbitan en su debida ponderación. Esta vinculación se ha ido perfilando jurisprudencialmente de manera cada vez menos estricta, porque suele interpretarse como una restricción de acceso a la justicia ambiental. Así, la Corte Suprema reconoció la posibilidad de efectuar un mayor desarrollo de los hechos, antecedentes o argumentos en la reclamación judicial, aun cuando no se hayan indicado en la sede recursiva o en la observación.²⁷ En otra sentencia, de 22 de febrero de 2021, rol 36.919-2019, la Corte también establece un criterio de mínima vinculación entre observación y reclamación judicial. El caso es interesante. El Tercer Tribunal Ambiental, en sentencia de 27 de noviembre de 2019, R-9-2019, acogió la defensa de desviación procesal invocada por el SEA sobre la base de entender que la alegación acerca del incumplimiento del artículo 86 del RSEIA no se vinculaba a la observación ciudadana relativa a la falta de realización de la consulta indígena.²⁸ La Corte, sin embargo, opinó lo contrario, estableciendo que las observaciones debían ser interpretadas en relación con la preocupación ambiental identificada en el proceso de participación ciudadana, estableciendo la inexistencia de un caso de desviación procesal.²⁹ Lo anterior no quita, sin embargo, que deba siempre encontrarse un *elemen-*

27. Señala de modo expreso la Corte que «un mayor desarrollo de la observación relativa la falta, o deficiente, o incompleta consulta a los miembros de la comunidad Cayún no significa adicionar hechos nuevos a los constitutivos de la observación original». Corte Suprema, rol 10.805-2016, 29 de diciembre de 2017.

28. En otro fallo, en una situación mucho más dudosa, el Tercer Tribunal Ambiental estableció que «si bien es efectivo que la alegación sobre la calidad del humus fue planteada recién en la reclamación administrativa, sobre esta se emitió pronunciamiento en la Resolución Reclamada [...]. Lo anterior permite concluir que este aspecto fue materia de la evaluación ambiental, y se trató como si fuera una observación del proceso de participación ciudadana, tanto durante la evaluación como en sede de reclamación administrativa». Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, rol R-8-2020, 15 de septiembre de 2020.

29. La Corte indicó: «Esta Corte ha establecido que las observaciones ciudadanas no tienen por qué ser efectuadas en términos sacramentales, refiriendo normas específicas, sino que basta que la persona exponga la inquietud vinculada a la ejecución del proyecto y la eventual afectación de una variable ambiental el principio de congruencia en la etapa administrativa del proceso de evaluación ambiental no puede ser entendido en los términos expuestos por los sentenciadores, restringiendo el análisis en demasía, toda vez que si bien, el observante no indicó que se debía aplicar la facultad del artículo 18 bis de la Ley 19.300 en sede administrativa, aquello no implica que se pueda excluir del análisis las cuestiones que son reglamentadas en el artículo 86 del Decreto Supremo 40, pues tal norma se vincula con aquellas cuestiones que fueron objeto de observaciones, vinculadas, como se anunció, a la falta de consulta indígena y participación de pueblos originarios a pesar de que en el área de influencia del proyecto existen

to común³⁰ que conecte la reclamación administrativa y judicial con la observación, pues de lo contrario se estaría promoviendo una controversia y/u observación nueva. En ese sentido, parece relevante que el impugnante individualice, en forma concreta, la observación cuya consideración fue indebida.

Por otro lado, también es posible que para sustentar el vicio la reclamación considere piezas diferentes del expediente, nuevas razones o motivos, contrargumentos a las razones consignadas por la autoridad administrativa en la resolución impugnada, incorpore hechos secundarios, etcétera.³¹ En estos casos no se produce desviación procesal porque, en principio, no se promueve una nueva controversia de legalidad.

Ahora bien, el principal problema que presenta esta hipótesis son sus límites: saber cuándo un cambio en la argumentación o la agregación de un dato fáctico rompe con el agotamiento obligatorio de la vía administrativa. La cuestión no es sencilla a pesar de que constituye el núcleo esencial de la desviación procesal. Sin perjuicio de ello, la doctrina está conteste en entender que el criterio relevante sería la *causa de pedir*, la que vendría definida por los hechos en que se funda la ilegalidad del acto impugnado (Calatayud Prats, 2020: 136-137). Quedarían excluidos los hechos jurídicamente irrelevantes como también los secundarios, dado que estos carecerían de interés para efectuar la calificación jurídica del vicio alegado. Surge así la distinción entre «cuestión litigiosa y motivos» (García Pérez, 1998: 302; Calatayud Prats, 2020: 134), la

tierras indígenas en las que se realizan actividades por parte de una comunidad que tiene tal carácter». Corte Suprema, rol 36919-2019, 22 de febrero de 2021.

30. Puede verse la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, rol R-12-2019, 31 de marzo de 2020. En este fallo, el Tribunal estimó que no concurría la desviación procesal pese a que los impugnantes no habrían observado impactos en la salud de las personas (artículo 11 letra a) de la Ley 19.300). Se estimó que la preocupación formulada en la observación se vinculaba a los efectos de los contaminantes en los recursos hidrobiológicos, los que son utilizados para consumo personal, por lo que la observación también puede extenderse a los efectos en la salud. Se agrega que «la participación ciudadana se encuentra consagrada para facilitar la participación de la comunidad en la evaluación ambiental, otorgando entre otros derechos, el de observar fundadamente, sin que sea necesario establecer con exactitud o precisión qué efectos del artículo 11 se está solicitando analizar».

31. Segundo Tribunal Ambiental, rol R-195-2018, 4 de septiembre de 2020, señaló: «Que, de conformidad con lo dicho precedentemente, a juicio del Tribunal, la reclamante no ha introducido nuevas pretensiones en sede judicial, pues ante la Administración controvertió, en las instancias que le fue posible, las infracciones que le fueron atribuidas, misma pretensión reclamada en sede judicial, como es posible advertir del libelo de la empresa reclamante. Lo que ha hecho la reclamante es incluir nuevas argumentaciones o motivos para justificar la misma pretensión, cuestión que, en este caso en particular, no importa una desviación procesal, razón por la cual, en definitiva, la alegación de la reclamada será rechazada». El Tercer Tribunal Ambiental, en fallo rol R-9-2019, 27 de noviembre de 2019, resolvió que la procedencia de la desviación procesal no quería decir que «los reclamantes no puedan agregar en la reclamación argumentos o antecedentes adicionales para respaldar sus alegaciones, o que eventualmente puedan reforzar la argumentación fáctica o jurídica, pero siempre que queden circunscritas a las observaciones planteadas en el proceso de participación ciudadana o al menos en la reclamación administrativa».

que si bien tienen una base dogmática como es el artículo 56.1 de la LJCA española de 1998, se funda en el agotamiento de la vía administrativa. De acuerdo con esta, «una cosa es la pretensión, de la que forma parte de los hechos y la petición *stricto sensu*, y otra cosa es la argumentación jurídica o fundamentación de aquella [...] los motivos o fundamentos jurídicos pueden ser introducidos en el proceso por las partes en cualquier momento apto para realizar alegaciones sobre la cuestión debatida, e incluso pueden ser apreciados de oficio por el órgano judicial (*iura novit curia*) siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa»³² (García Pérez, 1998: 302).

Por esa razón el impugnante puede considerar en su reclamación judicial todos los hechos que emanan de la información disponible en el expediente administrativo y que tengan el carácter de secundarios, dado que estos no identifican la causa de pedir. Así también, las alegaciones jurídicas, en cuanto fundamentos de derecho para justificar la existencia de la ilegalidad invocada, no quedarían restringidas y pueden sumarse a las ya consignadas en la reclamación administrativa (Bauzá Martorell, 2021: 183).

Conclusiones

El control de la actividad administrativa en materia ambiental se encuentra radicado en los tribunales ambientales introducidos por la Ley 20.600, norma que, junto con crearlos, establece un contencioso-administrativo especial. Ha sido en el contexto de estas controversias en que se ha discutido intensamente —a nivel de jurisprudencia—, acerca del sentido y alcance de la desviación procesal. Esta puede ser entendida como una institución de carácter prohibitiva, en virtud de la cual el impugnante no puede introducir en sede judicial pretensiones o vicios de ilegalidad diferentes a los que haya hecho valer en sede administrativa. De esta forma, el tribunal que conoce de la impugnación queda inhibido de pronunciarse sobre aquellas pretensiones o materias que no fueron promovidas previamente en las etapas administrativas. La etapa judicial, a su vez, quedaría definida por el contenido y marco en que se plantearon las pretensiones y vicios de ilegalidad en el contexto de los recursos administrativos. Detrás de esta institución se encuentran en tensión, por un lado, cuestiones vinculadas a la conservación del acto administrativo, especialmente cuando estos emanan de órganos y procedimientos altamente especializados y complejos, en los que se otorgan a los órganos administrativos amplios márgenes de apreciación y discrecionalidad; y, por el otro, la tutela judicial efectiva y el acceso a los tribunales de justicia desde

32. Según Hunter Ampuero: «De esta manera se separa teóricamente la cuestión litigiosa, que sirve para singularizar o individualizar lo que constituye el objeto del contencioso administrativo, y los ‘motivos’ que constituyen los razonamientos que pueden hacer valer las partes en sus defensas o pretensiones. No es necesario que estos motivos nuevos hayan sido planteados en sede administrativa» (2020).

que si el tribunal constata una desviación no entra en el conocimiento del fondo de la controversia. Por ello, si esta institución es interpretada de manera equívoca puede generar graves perturbaciones al acceso a la justicia.

La jurisprudencia nacional ha esgrimido esencialmente tres argumentos para justificar la desviación procesal: el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa ambiental, el sentido del artículo 54 de la Ley 19.880 y la teoría de los actos propios. Sobre el primero, el fundamento parece equívoco desde que ni la Ley 20.600 ni en el contencioso-administrativo general se articula un modelo único de revisión de actos administrativos. Hay casos en que la impugnación requiere del agotamiento obligatorio de la vía administrativa y otros en que es potestativo. Además, el carácter revisor puede asumir un doble sentido: por un lado, hacer referencia a necesidad del acto previo para la apertura de la jurisdicción, y, por el otro, estar referida efectivamente a la desviación procesal, dado que la revisión del acto no puede realizarse conforme a vicios de legalidad diferentes a los invocados en sede administrativa. En relación con el segundo argumento, la principal crítica que se realiza es que la regla en cuestión no tiene que ver con una exigencia de identidad entre pretensión administrativa y judicial. La finalidad no radica en establecer una carga para el impugnante de individualizar los vicios de legalidad que posteriormente fundamentarán la reclamación judicial. En ese sentido, el objetivo de esta norma sería doble: dar cuenta del carácter potestativo de los recursos administrativos como regla general en nuestro derecho y establecer reglas de coordinación entre la etapa administrativa y judicial, de manera de evitar que ambas instancias se pronuncien al mismo tiempo. Por último, en relación con la teoría de los actos propios, esta tesis permite explicar la desviación procesal pero no constituye su fundamento.

Por otra parte, la desviación procesal es una institución que solo tiene sentido en el contexto del agotamiento obligatorio de la vía administrativa, que fue uno de los aspectos claves en el diseño recursivo en los procedimientos de evaluación ambiental y en la instalación de los tribunales ambientales. Por esa razón el legislador estableció un plazo amplio de treinta días para la interposición de los recursos administrativos obligatorios, dado que esta produce consecuencias jurídicas relevantes en la futura impugnación judicial. De esta forma, si la interposición de recursos en forma previa al acceso al tribunal tiene por finalidad evitar un eventual litigio, la única forma de lograr tal objetivo es impidiendo que el impugnante se reserve vicios de ilegalidad para hacerlos valer, exclusivamente, en sede judicial. Tal objetivo, sin embargo, no se produce en la impugnación potestativa, y por eso debería ser entendida como un mecanismo de defensa o garantía del ciudadano frente a actos ilegales, pudiendo eventualmente invocarse en sede administrativa motivos de oportunidad y conveniencia.

Ahora bien, es cierto que el agotamiento de la vía administrativa busca evitar litigios. La realidad, sin embargo, corrigió rápidamente esa conclusión. Por un lado, los casos ambientales más emblemáticos siguen resolviéndose en los tribunales de

justicia, y, por el otro, no existen estudios en nuestro país que den cuenta de la efectividad de esta política pública. Aún así existen buenas razones para mantener el agotamiento obligatorio de la vía administrativa en materia ambiental. Estas razones son de dos clases: en primer lugar, la Administración resuelve controversias de alta complejidad técnica, para lo cual goza de amplias potestades de instrucción en el conocimiento de los recursos administrativos, lo que es además consistente con la regulación en materia ambiental caracterizada por su «desmaterialización» y una alta exigencia de procedimiento administrativo. Así entonces, la revisión es una instancia para adecuar la decisión a las circunstancias del caso que —por alguna razón jurídica o de oportunidad— se consideraron irrelevantes o en forma equívoca en el acto impugnado, a la vez que tiende a fortalecer la legitimidad de la decisión y reforzar el control de la discrecionalidad, considerando la especialidad del órgano y el conjunto de espacios normativos en que detenta la última decisión. La segunda razón, está vinculada a la posibilidad de realizar una nueva composición de intereses contrapuestos, es decir, es una nueva instancia para que la Administración, con la misma o adicional información técnico-ambiental, pueda identificar nuevos intereses en juego o ajustar la ponderación de los intereses contrapuestos de manera de evitar, de esa forma, la judicialización del asunto.

Bajo ese contexto, y dado que la constatación de la desviación procesal impide al tribunal pronunciarse sobre el vicio alegado en la reclamación judicial, por lo que puede comprometer la tutela judicial efectiva, no todas las posibles discrepancias entre lo alegado en sede recursiva administrativa y la judicial constituyen desviación procesal. Se proponen al respecto tres cuestiones: a) un estándar mínimo de justificación de la reclamación administrativa, de manera que el impugnante que introduce una alegación genérica en el recurso administrativo no permite a la autoridad ambiental realizar un análisis con un genuino sentido de revisión. Esta requiere de unos hechos que determinen un bloque de legalidad de referencia que defina el ámbito y alcance de la controversia; b) no puede entenderse que existe desviación procesal cuando en sede judicial se añaden referencias o argumentos adicionales que guardan conexión con las respuestas que la autoridad administrativa otorga a las alegaciones del recurso administrativo; y c) es posible alegar nuevos argumentos para fundar el vicio de ilegalidad. Esto tiene una doble faz: por un lado, es posible que en la reclamación judicial se incorporen antecedentes fácticos que no estaban consignados en la observación ciudadana, pero que necesariamente orbitan en la debida ponderación de la misma; y, por el otro, es posible que, para sustentar el vicio, la reclamación considere piezas diferentes del expediente, nuevas razones o motivos, contrargumentos a las razones consignadas por la autoridad administrativa en la resolución impugnada, incorpore hechos secundarios, etcétera.

Referencias

- BARROS, Alberto y José Miguel Valdivia (2019). «Sobre el reclamo contra la resolución que interviene en un procedimiento de invalidación en materia ambiental». En Juan Carlos Ferrada Bórquez, Andrés Bordalí Salamanca y Magdalena Prieto Pradenas (coords.), *La justicia ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las II Jornadas de Justicia Ambiental* (pp. 131-175). Santiago: Der.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio (2021). *El acto previo. Del mito a la realidad*. Madrid: Iustel.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. 3.º edición. Santiago: Thomson Reuters.
- BORDALÍ, Andrés e Iván Hunter (2020). *Contencioso administrativo ambiental*. 2.º edición. Santiago: Librotecnia.
- CALATAYUD PRATS, Ignacio (2020). *Conflictos entre la vía administrativa y la contencioso-tributaria: Desviación procesal, abuso del derecho y retroacción*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CANALS, Dolores (2016). «Los recursos administrativos en Francia: de lo contencioso a la gubernativo». En *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza 5 y 6 de febrero de 2016* (pp. 183-212). Madrid: INAP.
- CANO, Tomás (2020). «La presunción de validez de los actos administrativos». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 14: 6-28.
- CARRASCO QUIROGA, Edesio (2021). «El recurso de protección en materia ambiental: ideas para terminar con su fragmentación y mejorar su procedimiento». *Actualidad Jurídica*, 43: 187-207.
- CORDERO VEGA, Luis (2013). «Los dilemas tras los vicios de la Resolución de Calificación Ambiental». En Juan Carlos Ferrada (coord.), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno* (pp. 513-536). Santiago: Legal Publishing, Thomson Reuters.
- . (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- DE VICENTE, Ricardo (2016). *La demanda en el proceso contencioso-administrativo. Motivos de impugnación y función jurisdiccional*. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas.
- DESCALZO GONZÁLEZ, Antonio (2017). «Objeto del recurso contencioso-administrativo». En Alberto Palomar Olmeda (dir.), *Tratado de la jurisdicción contencioso-administrativa* (pp. 373-449). I. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.
- DEVLIN, Peter (2018). «Jurisdiction, exhaustion of administrative remedies, and constitutional claims». *New York University Law Review*, 93: 1234-1270.
- DIEZ SASTRE, Silvia y Rodríguez de Santiago, José María (2021). «Metodología del Derecho Administrativo». En José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech y Luis Arroyo (coords.), *Tratado de Derecho Administrativo. Introducción. Fundamentos* (pp. 443-494). I. Madrid: Marcial Pons.

- DOMÉNECH, Gabriel (2010). «El principio de presunción de validez». En Juan Alfonso Santamaría Pastor (director), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (pp. 1031-1060). Madrid: La Ley.
- ESCUIN, Vicente y Beatriz Belando (2011). *Los recursos administrativos*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas.
- FERMANDOIS, Arturo y Teresita Chubretovic (2016). «El recurso de protección en asuntos ambientales: criterios para su procedencia postinstitucionalidad ambiental (2010-2015)». *Revista Chilena de Derecho*, 43: 61-90.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan (1998). *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Madrid: Civitas.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011). «Los procesos administrativos en el derecho chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 36: 251-277.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA PÉREZ, Marta. (1998). «La regla de la inalterabilidad de la pretensión en el proceso contencioso-administrativo». *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2: 299-317.
- . (2000). «Reflexiones sobre el objeto del proceso contencioso-administrativo». Francisco Wagner Sosa (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (pp. 2407-2425). Vol. II. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021). *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUASTINI, Riccardo (2015). «Interpretación y construcción jurídica». *Isonomía*. 43: 11-48.
- GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2012). *Derecho ambiental chileno*. Santiago: Planeta Sostenible.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2014). «Reclamo de ilegalidad en la jurisprudencia: caos interpretativos y criterios dudosos». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 27 (2): 191-215.
- . (2020). «Relaciones entre procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional en el reclamo de ilegalidad municipal». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 27, e4376. DOI: [10.22199/issn.0718-9753-2020-0009](https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0009).
- . (2021). *Tutela cautelar en el contencioso ambiental*. Santiago: Der.
- LOZANA CUTANDA, Blanca (2005). *Derecho Ambiental Administrativo*. 6.º edición. Madrid: Dykinson.
- . (2014). «Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en asuntos ambientales». En Blanca Lozana, Alejandro Lago y Luis López (directores), *Tratado de Derecho Ambiental* (pp. 267-340). Madrid: Cef.

- MEDINA, Luis (2016). «Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 177: 103-158.
- MOULES, Richard (2011). *Environmental judicial review*. Londres: Hart Publishing.
- OSORIO, Cristóbal y Leonardo Vilches (2020). *Derecho Administrativo. Acto administrativo*. II. Santiago: Der.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2016). *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- RUIZ RISUEÑO, Francisco (2016). *El proceso contencioso-administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2019). *Derecho administrativo. Parte General*. Madrid: Tecnos.
- SANTAMARÍA ARINAS, Renés: «Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos». En Agustín García (coord.), *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años* (pp. 29-63). Madrid: Marcial Pons.
- TAPIA, Javier y Cordero, Luis (2015). «La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional». *Estudios Públicos*, 139: 7-65.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2017). «Reflexiones sobre las acciones en Derecho Administrativo». En Juan Carlos Marín González y Adrián Schopf Olea, *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (pp. 349-432). Santiago: Thomson Reuters.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2020). «¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?». En Luciano Parejo y Marcos Vaquer (directores), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III Instituciones* (53-82). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VIVAS PUIG, Federico y José María Campos Daroca (2016). *Revisión de actos y recursos administrativos*. Madrid: Bosch.

Agradecimientos

Trabajo realizado gracias al patrocinio y financiamiento de la ANID, Programa Fondecyt Regular, Proyecto 1171244, titulado «Derecho procesal administrativo: acerca de las relaciones entre procedimiento administrativo y jurisdiccional», del cual el autor es su investigador responsable.

Sobre el autor

IVÁN HUNTER es profesor de Litigación Ambiental en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Es abogado y doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Su correo electrónico es ivanhunter@uach.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-0288-1812>.

La *Revista de Derecho Ambiental*, del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es un espacio de exposición y análisis en el plano académico del derecho ambiental. Su contenido se presenta a través de doctrina, jurisprudencia y reseñas, y aborda diversas materias relacionadas con la gestión, institucionalidad y herramientas de protección ambiental y desarrollo sustentable. Se presentan artículos de diferentes autores y autoras en los que se analizan y abordan casos y temas jurídico-ambientales de creciente interés y actualidad.

DIRECTORA

Valentina Durán Medina

EDITORES

Jorge Ossandón Rosales
y Antonio Pulgar Martínez

SITIO WEB

revistaderechoambiental.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

revistada@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipográfica
(www.tipografica.io)