

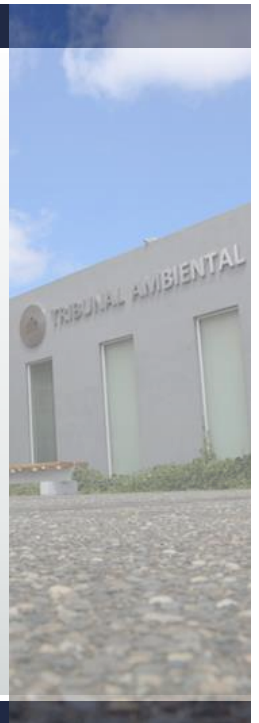


Rol de la Judicatura en la ejecución de instrumentos económicos para la protección ambiental

Michael Hantke-Domas, PhD
Ministro Presidente (S)
Tercer Tribunal Ambiental, Chile

XVIII Jornadas Internacionales en Derecho del Medio
Ambiente
Bogotá, 19, 20 y 21 octubre 2016

Tercer Tribunal Ambiental

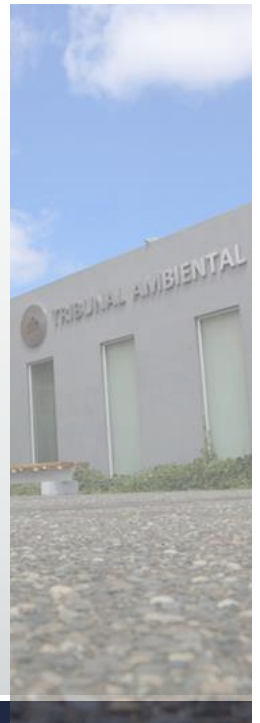
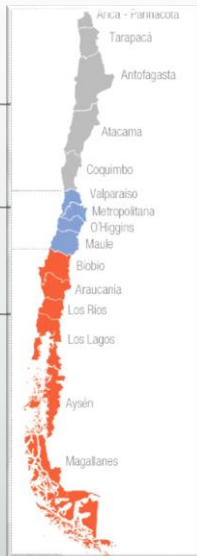


Jurisdicción Territorial del Tercer Tribunal Ambiental

Primer Tribunal Ambiental*

Segundo Tribunal Ambiental

Tercer Tribunal Ambiental



Rol de la Judicatura frente a los instrumentos económicos para la gestión ambiental

Un espacio poco explorado

Instrumentos Económicos par la gestión ambiental

Impuestos ambientales, tasas ambientales, subvenciones e incentivos ambientales, derechos de emisión negociables, y mecanismos de responsabilidad y compensación.

Desde la perspectiva judicial, **todos estos instrumentos pueden fallar** y terminar ya sea en la justicia fiscal o en la contenciosa-administrativa, o en la de competencia, o en múltiples otras áreas jurisdiccionales.

Voy a sostener que **estos múltiples órdenes jurisdiccionales pueden llegar a soluciones que se aparten de la protección ambiental**, sin perjuicio que las soluciones que se encuentren se ajuste a los parámetros de justicia de cada rama del derecho.

Instrumentos Económicos par la gestión ambiental

- Es más, voy a sostener que **esta disparidad de soluciones válidas jurídicamente pueden ser vistas como fallas de mercado**, por cuanto la divergencia de criterios judiciales que constituye un **costo de información**, lo que viola el precepto de la información completa de los mercados competitivos.
- Dicho de otro modo, sostengo que **al existir diversos órdenes judiciales en materia ambiental hace que por definición los instrumentos económicos de gestión ambiental presenten fallas de mercado que les impidan maximizar el bienestar general en materia ambiental.**
- En consecuencia, sostengo que **esa falla de mercado se soluciona, en parte, con la existencia de tribunales ambientales de composición mixta.**
- ¿Que cómo se solucionan? Me referiré a la experiencia del Tribunal Ambiental de Chile en su labor de control de decisiones de precio adoptadas por la autoridad ambiental.

Rol de los tribunales en el control de los Instrumentos Económicos de Gestión Ambiental

- Rechazo de la arbitrariedad.
 - Origen de este rechazo en la tradición continental se remonta a la Revolución francesa.
 - Principios de legalidad y libertad.
 - El contencioso administrativo.
 - Actos reglados y no reglados o discrecionales.
 - Control del ejercicio de la discrecionalidad, y no de su contenido ni oportunidad.
Control de la discrecionalidad administrativa en la señalización de precios.
 - Deferencia.

La Revisión Intensa o Hard Look 2

Hard look norteamericano.

- Origen 1960
- Objetivo: lograr equidad, responsabilidad, autonomía en políticas públicas.
- Estándar arbitrario y caprichoso APA.
- Sentencia State Farm (1978): para tomar la decisión la autoridad no consideró todos los factores y alternativas relevantes.
- Overton (1971): se revoca el acto administrativo puesto que la racionalización de la decisión era posterior y no se condecía con los argumentos que soportaban el acto.
- La motivación del acto resulta esencial, pues refleja las consideraciones de hecho y de derecho que se tuvieron para adoptar la decisión. De aquí que las consideraciones posteriores (post hoc) sean ilegales.

La Revisión Intensa o Hard Look 3

Críticas

- Impone restricciones innecesarias y dañinas en la labor de implementación de políticas públicas.
- Fuerza a las agencias a generar procedimientos excesivos y aumenta la burocracia, lo que entorpece e inhibe a la agencia de cumplir con el objetivo que precisamente los tribunales persiguen que se cumplan con el hard look.
- Se fomenta que los servicios inventen explicaciones falsas o irrelevantes para satisfacer a los tribunales.
- Permite que los jueces impongan sus visiones políticas o ideológicas.
- Limita a los servicios para conducirse conforme los intereses del presidente de la república.
- FOX (2009) la decisión de la autoridad no debe entregar razones bien fundamentadas o completamente convincentes, ni ser apolítica ni basarse en datos empíricos. Ojo que este caso se refiere a improperios dichos en programas de televisión.

Reflexión: nuestro sistema jurídico se basa en la persecución del interés público, y no percibe a los servicios públicos como partisanos, quizá herencia imperecedera del racionalismo.

La Revisión Intensa o Hard Look 4

La revisión intensa no es patrimonio de la justicia norteamericana, sino que ha existido en el derecho continental con el **control de la discrecionalidad administrativa** o la aplicación de la hermenéutica en otras áreas del derecho.

Ya nos enseña el profesor Hugo Alberto Marín Hernández, en su magnífica obra *Discrecionalidad Administrativa*, que luego de revisar el encuadramiento reglamentario, se debe analizar si el fin de la ley se ha respetado. Incluso es más, se podrá auscultar al acto recurrido en términos de proporcionalidad, y examinar a la luz de los principios generales del derecho.

Una revisión intensa del tribunal ambiental **permitirá corregir desviaciones del fin** de protección del instrumento económico de gestión ambiental.

Un ejemplo de esto lo graficaré con un caso concreto en el que nos tocó decidir al Ministro Pastén y a mi.

Caso Bocamina

Rol R 6-2014, acumulada R-7-2014
Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental (Chile)
27.03.2015

Aspecto controvertido:

Estándar de motivación para la **determinación de sanciones** por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Sanciones a infracciones ambientales

La determinación de la sanción aplicable es reglada, y dependiendo de su gravedad, en el caso de las sanciones pecuniarias, el quantum lo determina discrecionalmente el organismo de fiscalización (Superintendencia del Medio Ambiente).

Los rangos son:

- a) Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o **multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales (aproximadamente 8M USD o 24.000.000.000 pesos colombianos, o 7.5M Euros)**.
- b) Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o **multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales**.
- c) Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o **multa de una hasta mil unidades tributarias anuales**.

Art. 40, Ley No. 20.417

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

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.
- b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.
- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.
- d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.
- e) La conducta anterior del infractor.
- f) La capacidad económica del infractor.
- g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º.
- h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.
- i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

Caso Bocamina

1. Argumentos de la reclamante:

“es infundada tanto respecto de la valoración del beneficio económico derivado de cada infracción, como a la incidencia de los factores atenuantes y agravantes en el cálculo de las sanciones”.

“no aclara de qué manera concurren en la determinación del monto de cada sanción, las circunstancias y criterios señalados en el artículo 40 de la LOSMA o elementos del componente disuasivo asociado a ellas, los que, a su juicio, se encontrarían erróneamente estimados o no considerados”.

“no existirían los antecedentes suficientes para entender el razonamiento de la autoridad al establecer las cifras, ni para evaluar la proporcionalidad de las sanciones respecto de la naturaleza o las circunstancias concretas de cada infracción, pues no se expresa la ponderación del monto preciso que correspondería aplicar.” (considerando octogésimo cuarto)

Caso Bocamina

2. Argumentos de la reclamada (Superintendencia del Medio Ambiente):

En el procedimiento administrativo ha quedado acreditada la comisión de una serie de infracciones por parte de esa empresa, ante lo que ésta pretende eximirse por la vía de alegaciones meramente formales.

Lo que pretende la reclamante es **la revisión de la legalidad de las sanciones aplicadas, porque no se entregó una fórmula única y definitiva para la determinación de las multas**; obviando, la empresa, completamente y de esta manera la apreciación que realiza el Superintendente de los antecedentes del caso concreto.

El legislador otorga discrecionalidad para definir la multa aplicable a cada infracción en el caso concreto, por lo que ninguna norma le exige contar con una fórmula única y definitiva para determinar las sanciones; porque, al aplicar sanciones, ella vela tanto por el cumplimiento del **fin disuasivo de sus sanciones, como por el respeto a las garantías del debido proceso**, lo que se traduce en la debida explicación de los factores que se consideran en la aplicación de la sanción específica.

Sostuvo que cumplió con la garantía de especificación de la cuantía exacta de la sanción aplicada a cada infracción, lo que habría incorporado en la parte resolutive de la Resolución Recurrída, **determinándose los dos componentes que dan lugar a cada sanción, esto es el disuasivo y el beneficio económico; indicando que el cálculo de este último se encuentra expresamente señalado en cada infracción, y que el componente disuasivo se obtiene de la resta del componente económico a la multa final.**

Caso Bocamina

3. Criterio del Tercer Tribunal:

A partir de las alegaciones, el Tribunal centró el debate en que corresponde dilucidar si la SMA, al determinar los montos de las sanciones concretas a aplicar frente a cada infracción, omitiendo la entrega de una fórmula única y definitiva para su especificación, ha dado o no cumplimiento al deber que le corresponde de fundamentar y motivar la resolución sancionatoria.

El Tribunal concluyó que:

“Este tribunal no puede objetar el ejercicio discrecional de la SMA al determinar cómo pondera los elementos fácticos considerados en el procedimiento sancionador, pues actúa dentro de su competencia.

A lo más, podría revisar si el cálculo está o no bien hecho, pero esto transformaría al proceso sancionatorio ambiental en uno de tarificación ambiental. Esto sería, a juicio del Tribunal, apartarse del fin de la ley. En efecto, si un individuo pudiese tarificar ex-ante el costo de su infracción, entonces podría realizar un análisis costo-beneficio, y en el caso que el costo de pagar la multa sea menor al de contaminar, entonces la legislación ambiental encontraría su objetivo derrotado. De admitirse la alegación, esta sede judicial se transformaría en una instancia de revisión tarifaria, función que es ajena a la judicatura.

La circunstancia de que el legislador le haya entregado a la SMA la facultad discrecional de calcular la multa sin entregarle una fórmula, responde a que el posible infractor no pueda saber con antelación el beneficio de su conducta, aumentando de esta forma el poder disuasivo del sistema de protección ambiental. La no entrega

Caso Bocamina

3. Criterio del Tercer Tribunal:

La circunstancia de que el legislador le haya entregado a la SMA la facultad discrecional de calcular la multa sin entregarle una fórmula, responde a **que el posible infractor no pueda saber con antelación el beneficio de su conducta, aumentando de esta forma el poder disuasivo del sistema de protección ambiental. La no entrega de la fórmula, desde esta perspectiva, protege un interés general.**

Entonces, a la pregunta de si el nivel de motivación de la Resolución Recurrída es suficiente para que la empresa no sufra indefensión, hay que responder que ésta aparece como adecuada, lógica y suficiente, a tal nivel que la empresa ha podido cuestionar extensamente la Resolución Recurrída, por cuanto se le han puesto en conocimiento todos los antecedentes fácticos por los que se le sanciona, tornando intrascendente la inexistencia de fórmulas de cálculo (Centésimo primero).

Conclusiones

Conclusiones

- Desde una perspectiva judicial, los instrumentos económicos para la gestión ambiental constituyen posibles fuentes de controversias de diversa índole.
- Las controversias suscitadas a partir de los instrumentos económicos pueden distorsionar el fin para el que fueron ideados, si aquellas no son resueltas a la luz de la protección ambiental.
- La justicia especializada en medioambiente, o la unificación de jurisdicción de las controversias nacidas a partir de los instrumentos económicos de gestión ambiental, podría reducir las fallas de información que una jurisdicción segregada puede producir.

¡Muchas gracias por su atención !

W W W . 3 T A . C L



Valdivia - Chile