

¿CONTROL DE LEGALIDAD O DE MÉRITO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTALES? FALLO SOBRE LA DEROGACIÓN DE LA NORMA DEL MP10 ANUAL

RICARDO IRARRÁZABAL S.

RESUMEN: El artículo analiza el concepto de activismo judicial ambiental a partir del fallo de la Corte Suprema de fecha 30 de septiembre de 2015, Rol N° 1.119-2015, recaído sobre el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago de fecha 16 de diciembre de 2014, Rol N° 22 – 2014, mediante el cual dicho recurso es rechazado, y por tanto el Decreto Supremo N° 20 de 2 de septiembre de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente que Establece Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10 y Deroga Decreto N° 59, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, es anulado totalmente. El artículo desarrolla el concepto de política pública ambiental, y el rol de la Administración Pública en su formulación, especialmente según lo establecido por la ley N°19.300 y en el DS N° 38 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad y de Emisión. Luego se estudia el Decreto Supremo N°20 del Ministerio de Medio Ambiente, como parte de la política ambiental, y los decretos anteriores referentes al estándar de material particulado permitido, para luego pasar al análisis de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago y el fallo de la Corte Suprema. En este acápite, el artículo reflexiona en torno a la legitimación activa para interponer este tipo de acción, el perjuicio requerido para estar legitimado, el control de legalidad de la Jurisdicción Ambiental respecto a una norma de calidad ambiental, los vicios formales que no acarrearán la nulidad del acto administrativo, y la falta de motivación y fundamentación que esgrimió la Corte Suprema para rechazar el recurso de casación y anular el DS20.

SUMARIO: 1. Activismo judicial ambiental, 2. La política pública ambiental, 3. EL DS20, 4. La reclamación judicial del Decreto Supremo que establece una Norma, la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental y el Fallo de la Corte Suprema, 4.1 La cuestión de la legitimación activa en las reclamaciones de ilegalidad de normas de calidad ambiental, 4.2 El control de legalidad de la Jurisdicción Ambiental respecto a una norma de calidad ambiental, 5. Conclusiones y comentario, 6. Epílogo

1. ACTIVISMO JUDICIAL AMBIENTAL

Dentro de la temática ambiental, usualmente los fallos considerados más relevantes tenían que ver con recursos de protección interpuestos en contra de Resoluciones de Calificación Ambiental de proyectos evaluados en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dado el intenso control que la Corte Suprema acostumbraba realizar sobre estos actos administrativos terminales. Sin embargo, una vez que los Tribunales Ambientales iniciaron su funcionamiento¹ en virtud de la Ley N° 20.600, que crea los Tribunales Ambientales (“Ley N° 20.600”), la Corte Suprema instauró jurisprudencialmente una “*deferencia jurisdiccional*” en favor de los Tribunales Ambientales, expresada en el fallo “Costa Laguna”². En la sentencia, la Corte Suprema reconoce que ella “ha validado un intenso control sustantivo de las resoluciones de calificación ambiental, no restringiéndose únicamente a aquellos casos en que estas habían incurrido en una manifiesta ilegalidad (...) no es posible obviar que ello pudo justificarse hasta antes de que nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley 20.600 de 2012 creara los tribunales ambientales, pues desde que estos se instalaron y ejercen su jurisdicción constituyen la sede natural para discutir este asunto dados los términos en que se ha planteado³”(el subrayado es nuestro). **¿Podría considerarse dicho actuar como una manifestación de activismo judicial en que se está reconociendo expresamente que se ha actuado más allá de una manifiesta ilegalidad? Es una cuestión abierta que requiere un análisis detenido⁴.**

Con todo, y más allá de los proyectos que se evalúan ambientalmente, el riesgo del “activismo judicial” en materia ambiental re-

¹ Solamente el Segundo (Santiago) y el Tercero (Valdivia). El Primero Tribunal Ambiental de Antofagasta tiene un considerable retraso en su puesta en marcha.

² Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29 de abril 2014, Rol N° 2892-2014.

³ Sentencias Corte Suprema, de fecha 7 de octubre de 2014, Rol N° 11.299 (“El Morro”) y de 22 de mayo de 2014, Rol 16.817-2013 (“Soquimich”).

⁴ Ver Libro “Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?”, de José Francisco García G. y Sergio Verdugo R. Las preguntas que se formularon los autores y que explican el mencionado “activismo” se refieren a ¿Deben los Jueces reemplazar las reglas jurídicas cuando estiman que estas son injustas para el caso particular? ¿Es legítimo que autoridades no electas democráticamente (los jueces) sustituyan decisiones políticas tomadas mediante procesos donde participaron cuerpos electos? ¿Son los jueces justicieros morales llamados a aplicar sus propias convicciones personales? ¿Es ese el sentido de tener un Poder Judicial independiente?

sulta especialmente relevante en materias relacionadas con políticas públicas ambientales, tal como ha quedado reflejado en una serie de fallos judiciales en distintos países en que ha existido una franca intromisión judicial en dicho ámbito. En este sentido, y a modo de ejemplo, el fallo de la Corte Suprema Argentina de 8 de julio de 2008⁵, en que a propósito de la contaminación ambiental del río Matanza – Riachuelo, estableció todo un plan de remediación ambiental determinado por la Corte Suprema que tenía que ser ejecutado por las autoridades administrativas. En el mismo sentido, el fallo de la Sección Primera del Consejo de Estado de Colombia de 28 de marzo de 2014⁶, que decidió la apelación de la Acción Popular del río Bogotá, en que se dan plazos a las autoridades administrativas para la remediación del mencionado río. Finalmente, el fallo del 24 de junio de 2015 del Tribunal de Primera Instancia del Distrito de La Haya en Holanda, en que se determina que el Estado holandés debe generar medidas de mitigación de gases de efecto invernadero que lo lleven a reducir sus emisiones en un 25% al año 2020 tomando como base los niveles del año 1990. Dicho fallo menciona expresamente por qué no ha de entenderse el fallo como atentatorio al principio de la separación de poderes.

En el caso chileno, si bien no ha existido una intromisión judicial de estas características en materias de políticas públicas ambientales, existen ciertos indicios que pueden ser considerados como preocupantes y que podrían significar en el futuro un creciente activismo judicial, cuestión que tiene complejas consecuencias jurídicas, especialmente en materia de certidumbre jurídica y en relación a los efectos en la administración pública que podrían significar el reemplazo del actuar administrativo por sentencias judiciales de efectos relativos y con efecto de cosa juzgada.

En este contexto, analizaremos el fallo de la Corte Suprema (el “Fallo Corte Suprema”) de fecha 30 de septiembre de 2015, Rol N° 1.119-2015, recaído sobre el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental

⁵ Sentencia de la Corte Suprema Argentina, de fecha 8 de julio de 2008, expediente M. 1569. XL.

⁶ Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado (sala de lo contencioso administrativo) de Colombia en Segunda Instancia, de fecha 28 de marzo de 2014, Expediente núm. AP-25000-23-27-000-2001-90479-01

de Santiago (la “Sentencia Segundo Tribunal Ambiental”) de fecha 16 de diciembre de 2014, Rol N° 22 – 2014 (acumulada Rol N° 25, 28, 29 y 31, todas de 2014), mediante el cual dicho recurso es rechazado y por tanto el Decreto Supremo N° 20 de 2 de septiembre de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente que Establece Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10 y Deroga Decreto N° 59, de 1998, del Ministerio Secretaría General del presidencia (“DS 20”), es anulado totalmente. El Material Particulado 10 o MP10 es un contaminante atmosférico denominado así ya que tiene un tamaño inferior a 10 micrones.

2. LA POLÍTICA PÚBLICA AMBIENTAL

De conformidad al artículo 70 letra a) de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (“Ley N° 19.300”), corresponderá especialmente al Ministerio del Medio Ambiente “*Proponer las políticas ambientales e informar periódicamente sobre sus avances y cumplimientos*”. Por otra parte, el Ministerio del Medio Ambiente ha de “*coordinar el proceso de generación de normas de calidad ambiental*”⁷ y tiene la facultad de “*interpretar administrativamente*”⁸ dichas normas.

Parte fundamental de las políticas públicas ambientales está constituida por la definición y delimitación de cuándo estamos en presencia de “*contaminación*”. La ley lo define como “*la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente*”⁹. Por otra parte, la norma primaria de calidad ambiental está definida como “*aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población*”¹⁰. De esta forma, hay una estrecha vinculación entre el concepto de contaminación y las normas de calidad, ya que son estas últimas las

⁷ Art. 70 letra n) Ley 19.300.

⁸ Art.70 letra o) Ley 19.300.

⁹ Art. 2 letra c) Ley 19.300.

¹⁰ Art. 70 letra n) Ley 19.300.

que en definitiva fijan el nivel de riesgo tolerable para la vida o la salud de la población –en el caso de las normas primarias–, fijando estándares cuya superación constituye contaminación, y por ende, que la superación conlleva una afectación de la Garantía Constitucional del 19 N° 8, esto es, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

De esta forma la política ambiental, en relación a la definición del riesgo para la vida o la salud de la población, se implementa a través de la formulación de las normas de calidad primarias, las cuales no generan obligaciones para los privados, sino que para el Estado, en el sentido de que cuando se superen las mismas –es decir, exista contaminación–, el Estado ha de declarar la zona como saturada¹¹ y elaborar un plan de descontaminación, cuyo objeto sea justamente recuperar los niveles señalados en las normas¹². Con todo, los planes contienen medidas y obligaciones que pueden afectar a los privados, y han de ser cumplidas por estos.

Así, es la Administración Pública la encargada de decidir cuál es el nivel tolerable de riesgo de una norma de calidad, con las consecuencias en términos de contaminación que dicha decisión significará. En este sentido, corresponden a verdaderas decisiones políticas sujetas a un rayado de la cancha técnico y formalidades, que se llevan a efecto a través de decretos supremos firmados por el Presidente de la República y por los ministros de Medio Ambiente y Salud¹³, luego de ser aprobados por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad¹⁴.

Estas decisiones políticas se toman en un procedimiento administrativo sumamente regulado no solo en la Ley N° 19.300, sino también en el DS N° 38 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento para la Dictación de Normas

¹¹ En caso que los niveles se sitúen entre el 80 y 100% de la norma, la obligación es la de declarar la zona como latente y elaborar un plan de prevención.

¹² Art. 2° DS 39 /2012 MMA Reglamento para la Dictación de Planes de Prevención y de Descontaminación.

¹³ Art. 32 Ley 19.300.

¹⁴ Art. 71 Ley 19.300. Está compuesto por los Ministros de Medio Ambiente, Agricultura, Hacienda, Salud, Economía, Fomento y Turismo, Energía, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, Transportes y Telecomunicaciones, Minería y Desarrollo Social.

de Calidad y de Emisión¹⁵. Dicho procedimiento establece una serie de fases y particularidades, entre ellas la elaboración de un anteproyecto de norma, una etapa de desarrollo de estudios científicos y un análisis técnico y económico. Este último contempla un análisis general del impacto económico y social, el cual ha de incluir “*los costos que implique el cumplimiento del anteproyecto de norma de calidad ambiental o de emisión para la población, para los titulares de las fuentes o actividades reguladas y para el Estado como responsable de la fiscalización del mismo. Adicionalmente, este estudio deberá identificar y, cuando corresponda, cuantificar los beneficios que implique el cumplimiento de dichas normas para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas, para los titulares de las fuentes o actividades reguladas y para el Estado*”¹⁶. Luego, existe una etapa de consulta a organismos competentes públicos y privados y una etapa de análisis de las observaciones formuladas y de elaboración de proyecto definitivo.

Finalmente, y luego de las aprobaciones políticas, el decreto ha de ser tomado de razón por la Contraloría General de la República en el respectivo control de legalidad, el cual se basa principalmente en los aspectos procedimentales de la elaboración de la norma.

Este procedimiento es uno de los más complejos y exigentes dentro de los procesos regulatorios del Estado, y prácticamente el único que le da un marco técnico a la decisión política, especialmente a través de la confección del Análisis General del Impacto Económico y Social del anteproyecto de norma.

3. EL DS 20

Dentro de la política de regulación de la calidad de aire, llevada a cabo primero por la extinta CONAMA y luego por el Ministerio del Medio Ambiente, el DS 20 correspondió a una fase de una estrategia que contemplaba una serie de acciones para, de forma progresiva, aumentar la protección ambiental, y mejorar la eficiencia y eficacia del control de la contaminación de aire, a la luz del

¹⁵ El Reglamento que se utilizó para la aprobación del DS 20 correspondió al DS 93 1995 MINSEGPRES (anterior Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión).

¹⁶ Art. 15 DS 38 /2012 MMA Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.

principio de la “*Eficiencia Ambiental*”. Esto es, la obtención de la mayor ganancia ambiental al menor costo posible, de manera de poder equilibrar adecuadamente y de manera sostenible los pilares económicos y ambientales del Desarrollo Sustentable. Lo anterior, siguiendo de cerca la experiencia del modelo norteamericano en la materia.

De esta forma, el año 1978 Chile adoptó la norma de Partículas Totales en Suspensión¹⁷ (“PTS”) de Estados Unidos; el año 1990 adoptó la Norma Diaria de MP10 de Estados Unidos y el año 1998 adoptó la norma Anual de MP10 de Estados Unidos a través del DS N° 59 de 1998 de MINSEGPRES, que estableció la norma de calidad primaria para material particulado respirable MP10, dictándose luego el DS N° 110 de 2001 de MINSEGPRES (D.O. de 6 de marzo de 2003), que dejó sin efecto la norma primaria de calidad de aire para PTS. Dicha derogación normativa estuvo motivada ya que no existía evidencia de beneficio en salud de la señalada norma (exposición a PTS y a los compuestos de este y la ocurrencia de enfermedades). Evidentemente, el MP10, que sí generaba riesgo en la salud de las personas, permaneció vigente. Por otra parte, a través del DS 45 2001 MINSEGPRES, se revisó la norma primaria de MP10, incorporando el MP10 como concentración anual.

Es importante entender que en el MP10 pueden distinguirse una fracción gruesa, esto es mayor a 2,5 micrones y menor a 10 micrones, y una fracción fina de tamaño igual o menor a 2,5 micrones, denominada MP2,5, la cual tiene una relación importante con el MP10, ya que este contaminante contiene al MP2,5.

El año 2011 y como parte de la estrategia general en temas de contaminación de aire, Chile se hace cargo de este último contaminante, adoptándola norma de MP2,5 a través del DS N° 12 de 2011 del Ministerio del Medio Ambiente. Con esta norma, que apuntaba a la fracción dañina del MP10 (la fina), quedaba pendiente, tal como ocurrió con el PTS, la derogación de la norma del MP10 anual, lo cual se realizó a través del DS 20, manteniendo sin modificar la norma primaria de MP10 en su concentración para 24 horas. Esto último no fue analizado por el DS 20, ya que la norma de calidad en revisión contenía un artículo en que expresamente se

¹⁷ De diámetro menor a 75 micrones.

indicaba que al existir una norma de calidad para el MP2,5 al 1 de enero de 2012, debía mantenerse el parámetro de la norma diaria de MP10 en 150 microgramos por metro cúbico. La razón de ello estribaba en lo señalado en el Considerando 3° del DS 45 2001 Minsegpres, que textualmente mencionaba que “...es necesario explicitar una relación entre el material particulado respirable MP10 y el Material Particulado Fino MP 2,5. En este ámbito, estudios epidemiológicos recientes han demostrado una relación más directa y categórica entre los efectos sobre la salud de comunidades expuestas a la presencia de Material Particulado Fino MP 2,5, que en el caso del Material Particulado Respirable MP10”.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de la revisión de la norma de calidad MP10 en su concentración anual por parte del DS20? La motivación, latamente expresada no solo en dicho decreto sino que a lo largo de todo el expediente de la norma, radicó en que, existiendo la regulación de MP2,5, ya no se justificaba la regulación anual del MP10, dado que la evidencia científica era inadecuada para concluir la existencia de una asociación entre la exposición de largo plazo a esta fracción y los efectos sobre la salud de las personas. Esto significa que controlando el MP2,5 (la fracción fina del MP10, esto es, menor a 2,5 micrones), ya no se justificaba el control de la fracción gruesa del MP10 (entre 2,5 y 10 micrones) como concentración anual, ya que no existía evidencia científica que acreditara el riesgo de dicha fracción en la salud humana en la exposición a largo plazo. En base a esta evidencia, Estados Unidos derogó la norma anual de MP10 el año 2006, manteniendo la norma diaria.

Respecto a esta discusión, resultan relevantes las conclusiones del estudio “*Relación de la norma de calidad primaria MP 2,5 con la norma de calidad primaria de MP10*”¹⁸, preparado por el profesor de la Facultad de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica, Luis A. Cifuentes y que fue parte del expediente de la norma de calidad primaria MP2,5. Al respecto, señala que en un escenario de norma de MP2,5 y derogación de la norma anual de MP10, dependerá del estándar que adopte la norma de MP2,5 si mejora o empeora la protección de salud de las personas. En efecto, afirma que “Solo sería recomendable derogar la norma de MP10 si la norma

¹⁸ Fojas 1009 al 1089 del expediente de elaboración de la norma MP2,5.

de MP2,5 se estableciera en el nivel de 20 microgramos por metro cúbico. De otro modo, se estaría empeorando la situación de protección de salud de la población que la norma debe resguardar”. Por otra parte, señala que “La ventaja de la norma de MP2,5 es que centra los esfuerzos de control en la fracción del material particulado más agresiva para la salud. Esto se traduce en que se logran beneficios similares en cuanto a salud a un costo mucho menor (...) pero al pasar de una norma a otra se debe resguardar que el nivel final de exposición de la población sea similar, o que por lo menos, no se incremente”.

De esta forma se aprecia que la señalada derogación no significaba un estándar más bajo de protección, sino que una estrategia de control de contaminación de aire que se focaliza eficientemente en el MP2,5, que es la fracción que tiene un mayor impacto en la salud de las personas, generando así una relación costo-beneficio mayor. Hay que recordar, a este respecto, que tanto el artículo 37 del Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión (DS N° 93 de 1995 MINSEGPRES), que correspondió al Reglamento que rigió el DS 20, como el artículo 39 del nuevo Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión (DS N° 38 de 2012 Ministerio del Medio Ambiente), establecieron que para la revisión de las normas, se han de considerar criterios de eficacia de la norma en cuestión y de eficiencia en su aplicación, ponderándose cuestiones tales como el nivel de cumplimiento y vigencia actual de los objetivos de la norma y los resultados científicos que aporten antecedentes nuevos sobre efectos adversos a las personas.

En definitiva, el DS 20 correspondió a una decisión de política pública, basada en evidencia científica¹⁹.

¹⁹ BURDILES Y OSSANDÓN (2012) pp. 440 y 441. Existían posiciones críticas respecto a la derogación del MP10 existiendo la norma de MP2,5, por ejemplo la expuesta por Gabriela Burdiles y Jorge Ossandón. Ellos critican la eventual derogación total del MP10 basado en dos argumentaciones: (i) Que Chile no sería un territorio homogéneo, por lo que el efecto de la norma de MP2,5 es diferente dependiendo de la zona del país; y (ii) que la derogación debe ser progresiva, ya que existe todo un sistema de protección de la atmósfera y de la salud de las personas construido en base a la norma que regula el material particulado MP10.

4. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DEL DECRETO SUPREMO QUE ESTABLECE UNA NORMA, LA SENTENCIA DEL SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL Y EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Con fecha 30 de septiembre de 2015, la Corte Suprema²⁰ rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago²¹ que anuló totalmente el DS 20 antes explicado, ordenando al Ministerio del Medio Ambiente “llevar a cabo, en el más breve plazo posible, un nuevo proceso de revisión de la norma MP10 contenida en el Decreto Supremo N° 59, de 1998”.

Las principales cuestiones a analizar de ambas sentencias tienen que ver con: (i) legitimación activa, y (ii) control de legalidad por parte de la jurisdicción ambiental.

4.1. La cuestión de la legitimación activa en las reclamaciones de ilegalidad de normas de calidad ambiental

La Ley N° 19.300, en su artículo 50, establece que los decretos “serán reclamables ante el Tribunal Ambiental, por cualquier persona que considere que no se ajustan a esta ley y a la cual causen perjuicio”. La jurisdicción para conocer de estos reclamos de ilegalidad, hasta antes de la Ley 20.417 (2010), estaba radicada en el juez de letras competente. Con la Ley N° 20.417 se modifica la Ley N° 19.300 en este aspecto, cuestión que es recogida por la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, que establece que dichos tribunales serán competentes para “conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental”²². De conformidad al artículo 18 N° 1 de la misma ley, estarán legitimados para interponer la señalada reclamación “cualquier persona que considere que los decretos que tal numeral menciona no se ajustan a la ley N° 19.300 y le causan perjuicio”.

De esta forma, son dos las temáticas que corresponde analizar en relación a las reclamaciones a normas de calidad ambiental. La pri-

²⁰ Sentencia Corte Suprema, de fecha 30 de septiembre de 2015, Rol N° 1.119-2015.

²¹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, de fecha 16 de diciembre de 2014, Rol N° 22-2014 (Acumulada Rol N° 25, 28, 29 y 31, todas de 2014).

²² Art. 17 N° 1 Ley 20.600.

mera de ellas corresponde a dilucidar qué ha de entenderse por “*no ajustarse a la ley*” y qué significa que a una persona le cause perjuicio una norma primaria de calidad ambiental. Ambas temáticas las reflejamos en dos preguntas:

4.1.1. ¿Cuál es la legalidad a la cual hay que confrontar una Norma de Calidad Ambiental que se reclama?

Como ya se señaló, el artículo 50 de la Ley N° 19.300 establece que los decretos “*serán reclamables ante el Tribunal Ambiental, por cualquier persona que considere que no se ajustan a esta ley*”. Una interpretación literal de esta disposición debiera llevar a que el análisis de legalidad del DS en cuestión, debiera confrontarse únicamente con “esta ley”, esto es, con la Ley N° 19.300. Dicha cuestión es ratificada por el artículo 18 N° 1 de la Ley N° 20.600, que señala que la legitimación corresponde a “*cualquier persona que considere que los decretos (...) no se ajustan a la Ley N° 19.300*”.

Para el profesor Jorge Bermúdez, la disposición del artículo 50 está configurada “*de una manera tan restrictiva que, en realidad, constituye un “ejemplo de manual” de una disposición que se autoanula y que, a menos que los Tribunales Ambientales intenten una interpretación progresiva y desde el derecho ambiental, se tratará de un mero papal empojado*” (el subrayado es nuestro)²³. Es por esto que, frente a la “*falta de cuidado que en este punto ha tenido el legislador de la ley N° 20.600, al reiterar el error en que incurría la LBGMA, podría poner en entredicho la propia viabilidad del carácter de contencioso-administrativo de normas, que se le pretendió dar a los Tribunales Ambientales*”²⁴, plantea que “*la única solución radica en interpretar sistemáticamente la ley, en el entendido que todas las acciones de impugnación de la Ley de Tribunales Ambientales quedan cubiertas por su artículo 30 y que, en consecuencia, la revisión de legalidad es y debe ser completa*”. Hay que recordar que el artículo 30 de la Ley N° 20.600 establece que “*La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente...*”. La “revisión completa” comprendería entonces “*otras leyes ambientales sectoriales*”²⁵.

²³ BERMÚDEZ (2015) p. 162.

²⁴ BERMÚDEZ (2015) p. 163.

²⁵ BERMÚDEZ (2015) p. 163.

Esta interpretación fue recogida por el Segundo Tribunal Ambiental, para el cual la confrontación de la norma que ha de realizarse consiste en una *“revisión completa de legalidad del ordenamiento jurídico ambiental aplicable, velando de esta manera por la garantía de la tutela judicial efectiva”*. Los fundamentos de esta decisión del Tribunal estriban en que si *“la revisión se limitara solo a contrastar lo cuestionado con la LBGMA, quedarían abiertas otras vías para atacar la ilegalidad del acto administrativo, como la nulidad de derecho público, circunstancia que no parece razonable ni deseable a partir de la creación de tribunales especializados en materia ambiental. Por otro lado, una lectura atenta del contenido del artículo 30 inciso primero de la Ley N° 20.600, permite afirmar que, de forma implícita, se reconoce a los Tribunales Ambientales es estándar de revisión plena”*²⁶.

Esta interpretación amplia del artículo 50 contrasta con la aplicación restrictiva que hizo del mismo la Corte de Apelaciones de Santiago, en relación a un recurso de casación y apelación causa rol N° 2185-2001 en contra del DS 59 de 1998, correspondiente al decreto que estableció originalmente la norma de calidad primaria para el MP 10. En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago zanjó este tema interpretando que *“dos son los requisitos que han de revisarse en el reclamo: si se ha ajustado a la ley y si le ha causado perjuicio”*. En relación al primer requisito, *“cabe analizar si se cumplieron las distintas fases que señale la propia ley y que culminan en el dictado de ese decreto supremo”*²⁷.

Resulta evidente, del tenor literal del artículo 50 de la LMA y del artículo 18 N° 1 de la Ley 20.600, que el legislador estableció como requisito para la legitimación, que el decreto *“no se ajuste a la Ley N° 19.300”*, lo cual descarta inmediatamente la aplicación de otras leyes sectoriales, aunque sean ambientales. Con todo, y referido especialmente a las normas, debiera considerarse la Ley N° 19.300 en su totalidad, incluyendo por tanto los conceptos mencionados en el artículo 2° de dicha ley, y no solamente los artículos referidos al procedimiento para la dictación de normas. Por otra parte, y dado que este mecanismo es un procedimiento administrativo,

²⁶ Considerando 13° Sentencia Segundo Tribunal Ambiental.

²⁷ Esta cuestión no fue incluida en el recurso de casación interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, por lo que la Corte Suprema evidentemente no se refirió al mismo.

cuyo detalle está establecido en un Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad y de Emisión, el cual requiere ser también cumplido, también resulta menester aplicar en forma supletoria la Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado y la Ley N° 18.575, Ley de Bases Generales de la Administración del Estado.

4.1.2. ¿Cuál es el perjuicio requerido para reclamar en contra de una norma de calidad e conformidad al artículo 50 de la LMBA?

La misma sentencia antes mencionada de la Corte de Apelaciones señala que, respecto al perjuicio, *“ha de tenerse en consideración que este está íntimamente referido a la idea que lo precede en la disposición legal, esto es que en la tramitación del decreto se hayan observado todos los pasos que al efecto dispone la ley”*. *“Que de esta manera, el perjuicio a que alude la norma citada, está referido al que cause una deficiente tramitación del Decreto Supremo que establece las normas primarias de material particulado en el aire. No está referido por ende al perjuicio que cualquier persona estime que cause el nivel de contaminación permitido o la forma de como esta habrá de ser mitigada. Tal como se expresó precedentemente, este es un tema opinable, y estas diversas opiniones tienen cabida en las diversas etapas de discusión que establece la norma para llegar al dictado del Decreto Supremo que regula la materia”*²⁸. De esta manera, el denominado perjuicio quedaría bastante acotado a una cuestión bastante formal y que sería producido por la deficiente tramitación del decreto.

Ahora bien, la Corte Suprema en su Fallo, recogiendo en este respecto los fundamentos establecidos en la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, adopta en relación al perjuicio una postura mucho más amplia, señalando que *“si bien tradicionalmente se ha entendido que la exigencia del perjuicio implica aludir a un detrimento de naturaleza patrimonial, dicha noción propia del derecho civil no parece ser la más adecuada para discernirla legitimación activa de quienes pretenden cuestionar la legalidad de disposiciones reglamentarias que son normas primarias y secundarias de calidad ambiental (...)*

²⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 29 de octubre de 2002, en relación a un recurso de casación y apelación causa rol N° 2185-2001 (Considerando 10°).

*Ha de aplicarse, pues, una noción diferente, que se condiga más con las características propias de las cuestiones medioambientales concernidas por las normas impugnables mediante las reclamaciones aludidas en los artículos que se dicen infringidos en el arbitrio de nulidad sustancial en examen*²⁹. Para fundar lo anterior, el Fallo de la Corte Suprema cita al profesor Jorge Bermúdez en su libro “Fundamentos de Derecho Ambiental”, quien explica que en el caso de los decretos que aprueben planes de prevención o descontaminación, así como los que contienen normas de emisión, estos “*podrían suponer un menoscabo económico, dados los mayores costos que pueden importar las obligaciones que imponen*”³⁰. Sin embargo, este autor señala que respecto a las declaraciones de zonas latentes o saturadas, o en el caso de las normas de calidad ambiental, ellos “*no podrán causarle un perjuicio a una persona determinada (...) sin embargo, será evidente que si el DS fija, por ejemplo un estándar para material particulado MP10 o 2,5 que supere, en el mejor de los casos, en tres veces a la peor norma del derecho comparado (como ocurre en el caso chileno), buena parte de la ciudadanía se verá perjudicada por dicho nivel*”. Concluye este autor señalando que “*el perjuicio en el ámbito ambiental se materializa en el interés que tiene cualquier persona en que las normas ambientales que se dicten, efectivamente, sirvan para proteger el medio ambiente. Así, en las acciones de impugnación de normas la exigencia de perjuicio debe ser entendida como un interés legítimo vulnerado por el DS que fija el estándar insuficiente o demasiado laxo (...)*”.

En definitiva, el Fallo de la Corte Suprema hace suya la interpretación del profesor Bermúdez, así como de la Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, estableciendo el concepto de “*interés legítimo*”, señalando que “*la sentencia impugnada ha aplicado el concepto del interés legítimo precedentemente expuesto para resolver respecto de la legitimación activa de los reclamantes (...) lo cual como se ha dicho no constituye la infracción de derecho denunciada en el arbitrio; por el contrario, la sentencia ha aplicado correctamente la ley para resolver dicho extremo*”³¹. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Ambiental en su considerando decimosexto, señala que “*dada la aplicación general de las normas primarias y no obstante la diversidad geográfica, ambiental y demográfica de nuestro*

²⁹ Fallo Corte Suprema considerando 9°.

³⁰ BERMÚDEZ (2014) p. 529.

³¹ Fallo Corte Suprema Considerando 11°.

territorio, este Tribunal considera que no es un obstáculo –en cuanto al perjuicio se refiere– que el reclamante habite en cualquier parte del territorio nacional, pues lo relevante es que respecto de él exista el interés general consistente en que las normas protejan el medio ambiente y la salud de la población”. Asimismo, y haciéndose cargo de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago ya señalada, señala que “asumir que el perjuicio se produce solo cuando el proceso de creación normativo no se ajusta a la ley y su reglamento, es confundir los requisitos de ilegalidad y perjuicios, exigidos por el legislador, en uno solo³²”.

De esta forma, en los casos de impugnación de normas de calidad, la Corte Suprema instaura un criterio de acción popular, al mencionar el “*interés de cualquier persona*” o lo mencionado por el Tribunal Ambiental, de que no es obstáculo que el reclamante “*habite en cualquier parte del territorio nacional*”, existiendo “*el interés general consistente en que las normas protejan el medio ambiente y la salud de la población*”. De esta forma se aceptaron como admisibles las reclamaciones de personas y municipios, en que a veces se invocó el perjuicio en forma expresa y en que el domicilio de ellas correspondía a zonas saturadas o latentes en relación al contaminante MP10, pero otras en que el concepto de perjuicio no se desarrolla en forma explícita. Sin embargo, todas se declararon admisibles bajo el criterio establecido por el Segundo Tribunal Ambiental.

Sin embargo, el artículo 50 de la Ley N° 19.300 es claro al exigir como requisito al reclamante que el decreto le cause un perjuicio. Por lo tanto, la acción evidentemente no es popular y por tanto el perjuicio requiere ser probado por parte de quien lo invoca, incluso en el caso de que se acepte como válido el concepto de “interés legítimo”. Al respecto, el profesor Jorge Bermúdez explica que “*por regla general, puede decirse que en el caso de las acciones de nulidad, no es necesario contar con un derecho subjetivo dañado, sino que basta el interés legítimo en la acción, entendiendo este como una posición jurídica que pone en relación al sujeto con la actuación o norma que se impugna, la que se verá mejorada o perjudicada dependiendo de su mantención o no*”³³. Por lo tanto, y aunque no estemos hablando de un interés patrimonial subjetivo propio del derecho privado, sí es necesario acreditar la existencia de un interés legítimo. Lo anterior,

³² Fallo Corte Suprema Considerando 11°.

³³ BERMÚDEZ (2015) p. 159.

llevado al caso que nos ocupa, debiera significar la siguiente pregunta: ¿Cuál es la posición jurídica que pone en relación al sujeto reclamante con el DS 20, entendiendo que este suponía derogar una norma de calidad ambiental anual (MP10)? ¿En qué casos esta situación puede originar un “perjuicio”?

El problema es que en el caso de las normas de calidad ambiental, el perjuicio, aunque sea el de un “interés legítimo” y no patrimonial, nunca va a ser directo o inmediato, ya que para ello se requeriría la declaración de la zona como latente o saturada y la implementación de un plan de prevención o descontaminación. Sin embargo, el tenor del artículo 50 de la Ley N° 19.300 es claro al requerir un perjuicio real y actual, situación que en el caso de las normas de calidad ambiental simplemente no puede darse, lo cual corresponde evidentemente a una imperfección del texto legal.

Por tanto, resulta necesario buscar una aplicación del señalado artículo, admitiendo la existencia de un perjuicio potencial para el caso de las normas de calidad ambiental, el cual se configuraría a través de la afectación que la nueva norma o de un cambio en la misma, podría producirle en la posición jurídica del interesado.

Por ejemplo, este tipo de situaciones podría darse respecto a aquellos que podrían ser afectados por medidas de futuros planes de prevención o descontaminación, o bien el caso en que la estrictez de una norma de calidad deje un menor espacio para el crecimiento de las emisiones.

Por otra parte, también podrían sufrir perjuicio aquellos que viviendo en una zona en que exista una situación de riesgo para la vida o la salud, consideren como insuficiente la protección que supone una nueva norma de calidad a través de la implementación de futuros planes, o bien aquellos que viviendo en una zona sujeta a latencia o saturación –técnica o jurídica–, podrían ser afectados por un cambio normativo.

Con todo, y aunque resulte evidente, el perjuicio requiere ser alegado.

4.2 El control de legalidad de la Jurisdicción Ambiental respecto a una norma de calidad ambiental

4.2.1. Procedimiento seguido para la dictación del DS20 y omisión de formalidades

El Segundo Tribunal Ambiental, a partir del considerando 21° de su sentencia, realiza un acabado análisis de la forma en que fue llevado el procedimiento administrativo reglado para la dictación del DS 20, señalando la existencia de una serie de omisiones y problemas detectados en dicha tramitación, entre ellos la existencia de dos prórrogas y el tiempo excesivo del procedimiento. Al respecto *“la exigencia de revisión –de a lo menos cada cinco años dispuesta por la Ley N° 19.300– se hizo imposible de cumplir por el excesivo tiempo que tomó el procedimiento, vulnerándose de esta manera el principio de no regresión”*³⁴. Por otra parte, una participación ciudadana en que *“era esperable de parte de este nuevo Ministerio una actitud más proactiva, pues forma parte de sus nuevas competencias y deberes la información activa y la promoción de la participación ciudadana”*³⁵. De esta forma, aunque afirma que *“formalmente el expediente registra los hitos mínimos exigidos por la Ley 19.300, el procedimiento no revela la prolijidad que debe tener el proceso de revisión de una norma tan relevante como ha sido la de MP10”*, declarándose por tanto la ilegalidad del DS 20 por contravención de las normas procedimentales del Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad ambiental y de Emisión (DS N°93 1995 MINSEGPRES). Así, pese a que el mismo Tribunal señala que el expediente registra los mínimos exigidos por la ley, el procedimiento seguido sería ilegal por su falta de prolijidad. Al establecer aquello, el Segundo Tribunal Ambiental exige un estándar procedimental y principios ambientales no contemplados en la ley e incluso manifiesta que *“esta es entonces la ocasión para pronunciarse tanto sobre el procedimiento administrativo diseñado por el legislador en la ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y en el Reglamento respectivo”*³⁶, generando así este Tribunal un nuevo estándar procedimental no contemplado en la ley.

³⁴ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 33°.

³⁵ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 33°.

³⁶ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 4°.

Este exceso del Segundo Tribunal Ambiental fue debidamente alegado en el recurso de casación, a la luz especialmente de la doctrina de las “irregularidades no invalidantes”, que se produce cuando subsanadas las omisiones o problemas formales, volvería a dictarse el acto con el mismo contenido³⁷.

La Corte Suprema, conociendo el recurso de casación mencionado, reconoce en su Fallo que la “*mera omisión de formalidades durante el procedimiento administrativo no acarrea la invalidez del respectivo acto en que estas ocurrieron*”³⁸, por lo tanto la sentencia impugnada habría infringido el inciso 2° del artículo 13 de la ley N° 19.880, que establece que “*el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado*”. Con todo, dicha infracción constituye solo “*una de las diferentes razones o causas que llevan a la sentencia a declarar la nulidad del referido decreto N° 20*”³⁹, por lo que no influye sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, al tenor del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil.

4.2.2. Falta de motivación y fundamentación

Antes de entrar en el análisis de la “falta de motivación y fundamentación”, que en definitiva fueron las razones que llevaron a la Corte Suprema a rechazar la casación y así anular el DS 20, es necesario entender cuál es el margen de acción de los Tribunales Ambientales de conformidad a la ley a este respecto.

En primer lugar, y desde un punto de vista más político y en relación a la tramitación legislativa de la Ley N° 20.600, es importante entender el rol de los Tribunales Ambientales como un verdadero control jurisdiccional del actuar administrativo en materia ambiental, recordando que el origen de dichos tribunales tuvo que ver con las atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, para que esta no actuara como “juez y parte”. Si bien finalmente las atribuciones de fiscalización y sanción ambiental quedaron radicadas en el mismo órgano, la ley estableció una posibilidad muy amplia

³⁷ Al respecto, se citó en el recurso de casación el texto de Sánchez Morón Miguel, Derecho Administrativo, Parte General. Editorial Tecnos, 2007, p. 550.

³⁸ Fallo Corte Suprema Considerando 14°.

³⁹ Fallo Corte Suprema Considerando 14°.

de reclamar ante los Tribunales Ambientales de las resoluciones de la mencionada Superintendencia⁴⁰. Este control del actuar ambiental de la Administración también se extendió al actuar del Servicio de Evaluación Ambiental, en el control de legalidad de las Resoluciones de Calificación Ambiental previo agotamiento de la vía administrativa, y también del actuar del Ministerio del Medio Ambiente, especialmente a través de los distintos decretos (normas, declaraciones de zonas, planes)⁴¹. De esta forma, y sin perjuicio de la competencia en relación a la responsabilidad por daño ambiental, los Tribunales Ambientales son verdaderos tribunales contencioso-administrativos en materia ambiental. Por ello, estos tribunales han de ajustar su actuar a las reglas propias de este tipo de procedimientos, y además, a las reglas específicas y precisas contenidas en la Ley N° 20.600.

Al respecto, cabe recordar que el proyecto original de la ley que creaba el Tribunal Ambiental⁴² establecía en su artículo 26 que *“en la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar como medidas el dejar sin efecto o modificar los actos contrarios a las disposiciones de la ley y ordenar la realización de determinadas actividades”*. Por su parte, el artículo 27 establecía verdaderos estándares de revisión sobre los actos administrativos ambientales por parte del Tribunal Ambiental, entre ellos el de legalidad (verificar la legalidad de las actuaciones del organismo administrativo de que se trate); de razonabilidad (verificar que el acto no ha sido dictado de una manera arbitraria o caprichosa, en abuso de su potestad discrecional, que no ha violentado ningún derecho o garantía constitucional, que no ha actuado con exceso o abuso en las competencias legales que le han sido conferidas, que no ha actuado con desviación de fin o de poder, y que los supuestos de hecho sobre los cuales descansa la decisión se encuentren debidamente acreditados en el procedimiento administrativo); de estándar de procedimiento e información (que el acto ha sido dictado de conformidad al procedimiento adminis-

⁴⁰ Artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente: “Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas dentro del plazo de quince días hábiles, contados desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental”.

⁴¹ Ver Historia de la Ley N° 20.600, pp. 6 y 7.

⁴² Ver Historia de la Ley N° 20.600, p. 27.

trativo exigido por la ley y que se encuentran respaldados mediante pruebas sustanciales, debidamente acreditados en el procedimiento administrativo de que se trate y que el acto administrativo disponga de información técnica adecuada que lo justifique), y finalmente, un estándar de revisión plena, otorgándole al Tribunal atribuciones para revisar el procedimiento administrativo de que se trate, verificar los hechos sobre los cuales descansa la decisión y sustituir la decisión en la parte que corresponda.

Estas atribuciones fueron suprimidas en la versión definitiva de la Ley N°20.600, la que no solo acotó drásticamente las señaladas atribuciones, sino que además estableció una disposición expresa a este respecto en el artículo 30, que limita en forma importante el actuar del Tribunal frente a las reclamaciones de decretos originados en el Ministerio del Medio Ambiente, estableciendo que *“La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada. En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*.

Dicha cuestión es expresamente reconocida por el Segundo Tribunal Ambiental en los considerandos 36° y 37° de su sentencia, interpretando dicha limitación en el sentido de que *“ante normas de aplicación general existe una exigencia de deferencia hacia la Administración, no obstante la naturaleza especial y mixta de los tribunales ambientales. Por consiguiente, no es posible a esta Magistratura definir el límite para la norma diaria de MP10 ni ordenar al MMA (Ministerio del Medio Ambiente) que fije un límite determinado. En otras palabras, no le corresponde a este Tribunal juzgar si el estándar correcto es, en el caso de la norma diaria de MP10, 150 o 50 microgramos por metro cúbico, sino revisar si se cumplió con lo estipulado por la ley aplicable en la definición de dicho nivel y si el establecimiento del estándar se encuentra debidamente motivado. De ahí que no sea pertinente solicitar al Tribunal que establezca el límite, ni el percentil, ni tampoco que se sustituya a la Autoridad Ambiental en relación a la determinación de las cuestiones discrecionales de los actos solici-*

tados anular”⁴³. Como se ve, esta es una verdadera declaración de intenciones por parte del Tribunal, en el sentido que no existirá un control de mérito, sino que de estricta legalidad, todo al tenor del mencionado artículo 30. Esta declaración es reafirmada por la Corte Suprema en su sentencia, la que remarca que “*el control de los motivos es un control de legalidad y por ende no es un control de mérito. Los motivos son los hechos que justifican la adopción del acto administrativo y son anteriores a tal acto y deben ser explicitados por mandato legal, conforme antes ya se ha dicho, por así exigirlo los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la ley N° 19.880*”.

Al respecto, la Corte Suprema, con ocasión de un análisis de un recurso de protección en que se pretendió la modificación de una norma primaria de calidad ambiental por dicha vía⁴⁴, señaló en causa rol 1372-1998, que ello “*es una materia que es de competencia exclusiva de la Administración Central del Estado, más precisamente del Presidente de la República, por intermedio de los ministerios recurridos, por disponerlo así la Ley 19.300. En dicho texto se definieron las normas de calidad ambiental, distinguiéndolas en primarias y secundarias, según protejan la vida y la salud o protejan y conserven el medio ambiente*”. Por otra parte, señala que “*en el artículo 50 de la misma ley, se contempla el procedimiento para reclamar ante los Tribunales de Justicia, respecto de las normas que sobre la materia se definan, estableciendo con precisión quienes y cuando pueden hacerlo*”.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en relación a un recurso de casación y apelación causa rol N° 2185-2001 en contra del DS 59 de 1998, que ya hemos mencionado con anterioridad, reseña cuál ha de ser el rol de la autoridades administrativas a este respecto, y la forma como los afectados pueden hacer valer sus observaciones en el procedimiento de la norma. “*Como llegar a contaminación cero es imposible, pero al mismo tiempo una contaminación desenfrenada es mortal para la salud, como ya ha sucedido en otras ciudades del mundo, la autoridad ha estimado necesario regular hasta cuánta contaminación habrá de aceptarse, y su pasado los niveles de aceptación,*

⁴³ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 37°.

⁴⁴ En este caso, correspondían a las normas aprobadas en virtud del DS N° 185 de 1991 de Minería y la Resolución N° 1215 del año 1978, del Delegado de la H. Junta de Gobierno ante el Servicio de Salud (DS N° 185 de 1991, referido a la calidad del Material Particulado Respirable).

qué medidas han de adoptarse para que cese la y transgresión de ese límite. Se entra de este modo en un tema total y absolutamente opinable. Habrá buenas razones para fijar ese límite en uno más alto o más bajo, según el punto de vista que se adopte⁴⁵. Esta misma sentencia, mencionando el “perjuicio” necesario para la reclamación, señala que el mismo no se refiere “*al perjuicio que cualquier persona estime que cause el nivel de contaminación permitido o la forma de como esta habrá de ser mitigada. Tal como se expresó precedentemente este es un tema opinable, y estas diversas opiniones tienen cabida en las diversas etapas de discusión que establece la norma para llegar al dictado del Decreto Supremo que regula la materia*”⁴⁶.

Tal como ocurrió en el caso del procedimiento, el Segundo Tribunal Ambiental también manifestó que esta sentencia era “*la ocasión para pronunciarse tanto sobre el procedimiento administrativo diseñado (...) como sobre la motivación y fundamentación necesarias en el proceso de creación y revisión de normas primarias de calidad ambiental*”⁴⁷. Así, a partir del Considerando 35°, este Tribunal fija su posición respecto a cuál debiera ser la motivación y fundamentación requerida en el procedimiento de revisión señalado. Para ello, el Tribunal Ambiental comienza con un considerando bastante declarativo, el 35°, en que hace consideraciones de política pública en relación a lo que significan las normas y la situación de contaminación del país, señalando que “*resulta de la mayor relevancia el correcto diseño y aplicación de las normas primarias de calidad ambiental y de los planes de prevención y descontaminación que les siguen, erigiéndose este conjunto de decisiones de política pública como uno de los instrumentos de gestión ambiental más eficaces para combatir la contaminación atmosférica, reducir el riesgo a la salud y mejorar los niveles de calidad de vida de la población*”⁴⁸. La pregunta que el Segundo Tribunal Ambiental quiso contestar tenía que ver con la determinación sobre “*si el MMA, como autoridad responsable del*

⁴⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 29 de octubre de 2002, en relación a un recurso de casación y apelación causa rol N° 2185-2001.

⁴⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 29 de octubre de 2002, en relación a un recurso de casación y apelación causa rol N° 2185-2001 (Considerando 10°).

⁴⁷ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 4°.

⁴⁸ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 35°.

*proceso de creación de la normas, actuó o no conforme al ordenamiento legal correspondiente*⁴⁹.

Respecto al DS 20, la motivación tenía que ver, en primer lugar, con la mantención de la MP 10 como concentración de 24 horas. Al respecto lo que hizo el Ministerio del Medio Ambiente (“MMA”) fue aplicar el mismo DS 45 2001 MINSEGPRES, ya que dicha norma contenía un artículo en que expresamente se indicaba que, al existir una norma de calidad para el MP2,5 al 1 de enero de 2012, debía mantenerse el parámetro de la norma diaria de MP10 en 150 microgramos por metro cúbico. Evidentemente, al ser el MP10 como concentración de 24 horas parte de la norma del MP10, es que dicha cuestión se incluyó en el procedimiento de derogación del MP10 anual, bajo el procedimiento que establece la ley, que es el de “revisión”. Sin embargo, el Segundo Tribunal Ambiental exigió en su sentencia que la señalada mantención, que en realidad correspondió a la aplicación de la misma norma, debía motivarse. Así, este Tribunal señala que *“el proceso de revisión, en cuanto tal, no está limitado por lo que señale la norma revisada, pues precisamente la revisión incluye y supone la posibilidad de modificar lo dispuesto con anterioridad”* (el subrayado es nuestro)⁵⁰. De esta forma, el Tribunal está en la práctica obligando al MMA a modificar la norma diaria, cuando lo que únicamente estaba haciendo dicho Ministerio era aplicando la misma norma, e incluyendo dicha aplicación en la derogación del MP10 anual a través del procedimiento formal de la revisión de norma, lo cual aparece como un exceso y una intromisión en las políticas públicas y prioridades propias del MMA. El Tribunal Ambiental señala que *“una disposición como la transcrita no tiene un efecto vinculante y por lo mismo la Administración pudo entender, fundadamente, que no obstante cumplirse la condición contenida en la norma, igualmente era necesario modificar y elevar el estándar relativo al nivel de contaminación para el MP10 diario. Lo relevante, es que al revés ocurre igual: para mantener la norma hay que explicar por qué. Es decir, la revisión siempre debe ser sustantiva y no meramente formal. En este sentido, a juicio de este Tribunal, no es satisfactorio limitar la motivación a lo dispuesto en el artículo 2° inciso 4° citado en el considerando anterior, siendo ne-*

⁴⁹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 38°.

⁵⁰ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 39°.

*cesario averiguar por qué se descartan unos niveles más estrictos y se mantiene el original*⁵¹. A continuación, el Tribunal Ambiental en su considerando 42° *“estima pertinente detenerse en algunos aspectos técnicos vinculados a la motivación de la norma de MP10 diaria, en particular, en aquel relativo al análisis técnico y económico exigido por el artículo 32 de la Ley N° 19.300”*, con lo cual entra de lleno a un análisis de los criterios que tienen que ser utilizados desde un punto de vista de políticas públicas, para llevar a cabo el análisis técnico y económico mencionado en el artículo 32 antes señalado. Un cuestionamiento a las metodologías utilizadas por el MMA, aparece como un exceso por parte del Tribunal.

En segundo lugar, el análisis de motivación del DS 20 tuvo que ver con la derogación de la norma anual del MP10, la cual de acuerdo a la fundamentación del MMA, se debió al hecho de que no existían antecedentes científicos que acrediten fehacientemente que la fracción gruesa del MP10 produzca efectos crónicos por exposición a largo plazo en la salud de la población, en un escenario de regulación del MP2,5, lo que en el caso de Estados Unidos llevó a su derogación a nivel federal. Para el Segundo Tribunal Ambiental, *“aparece como evidente que la derogación de una norma de calidad ambiental debe someterse necesariamente a un estándar de fundamentación particularmente elevado, pues implica un cambio en el nivel de riesgo socialmente aceptado que no puede ser motivo sólo de un acuerdo político, sino que el resultado de una acabada discusión, científica en su parte fundamental, pero también sociológica y jurídica”*⁵². Ese *“estándar de fundamentación particularmente elevado”* lleva al Tribunal a analizar las diversas alegaciones comparándolas con la mayor o menor fundamentación, no solo en el mismo DS 20, sino que en todo el expediente de revisión. Al respecto, hay que tener presente que las alegaciones son posteriores al DS 20, por lo que resulta difícil que la fundamentación de la norma pudiera hacerse cargo en forma completa de todas las futuras alegaciones. A modo de ejemplo, cuando se discute el destino de los recursos que se liberarían producto de la derogación de la norma de MP10 anual, se reprocha al MMA que no haya explicitado que el destino de los mismos sería el control del MP2,5, para así reflejar de mejor forma dicha situación en el AGIES (Análisis General de Impacto Econó-

⁵¹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 39°.

⁵² Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 80°.

mico y Social), lo cual significaría “falta de motivación”⁵³. También, por ejemplo, el Tribunal Ambiental compara el informe del Amicus Curiae presentado con ocasión de la reclamación del DS20, con la fundamentación del MMA, señalando que “*a juicio del Tribunal, ambas posiciones, aparentemente contradictorias, solo reflejan el mismo grado de incertidumbre científica existente para establecer o descartar efectos en salud ante la exposición crónica al material particulado grueso*”⁵⁴.

De esta forma, el Segundo Tribunal Ambiental establece que “*las decisiones resultantes de dicho proceso, esto es, la mantención del límite diario y la derogación del límite anual de MP10 carecen de la fundamentación exigida por la ley, vicio que por su parte es suficiente para justificar la nulidad de la norma impugnada*”⁵⁵. Esta fundamentación exigida por la ley, a juicio del Tribunal Ambiental, correspondería a un estándar de fundamentación particularmente elevado.

En relación al Fallo de la Corte Suprema, ella conceptualiza el motivo, como “*los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto y cuya existencia ha llevado a su dictación*”, que ha de ser analizado en cuanto a “*motivos legales*” como a “*actos de contenido discrecional*” (verificación de la existencia de los motivos invocados por la autoridad, calificación jurídica de los mismos y en ciertos casos, controlar la discrecionalidad administrativa mediante el control de la apreciación de los hechos, en que el acto sería ilegal por una errada apreciación de los mismos)⁵⁶.

De acuerdo al considerando 21° del Fallo de la Corte Suprema, la exigencia de fundamentación de los actos administrativos “*es más intensa e implica un estándar más alto o exigente en cuanto concierne a actos administrativos que puedan significar una disminución de la protección ambiental y por lo mismo requieren de una motivación especial. Existen, pues, distintos grados de motivación exigida tratándose de distintos tipos de actos administrativos. Es por ello que en el caso de un acto de la Administración que suprime exigencias de índole ambiental que han estado vigentes por años se requiere que, para que ellas puedan ser dejadas sin efecto, el estándar de motivación ha de ser altísimo y*

⁵³ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerandos 68° y 69°.

⁵⁴ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 58°.

⁵⁵ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Considerando 82°.

⁵⁶ Fallo Corte Suprema Considerando 16°.

en el presente caso la motivación es absolutamente insuficiente, particularmente porque no se explica como es que se haya podido dictar semejante norma en el pasado ni tampoco se da cuenta –en el acto administrativo impugnado– de datos certeros que avalen una medida de indudable efecto sobre toda la comunidad. No existe, en consecuencia, en el presente caso, el error de derecho denunciado en el tercer acápite del recurso de casación deducido por el Consejo de Defensa del Estado, ya que la sentencia impugnada dictada por el Tribunal Ambiental no ha exigido nada ajeno al deber de fundamentación requerido atendida la especial naturaleza del acto administrativo impugnado⁵⁷ (el subrayado es nuestro)”.

En relación al artículo 50 de la LMA, la Corte Suprema afirma que *“no es correcto afirmar que el examen realizado por la sentencia impugnada exceda de los límites de dicho ámbito. En efecto, la sentencia recurrida no ha hecho un control de mérito, sino un control de la motivación del acto administrativo cuestionado. El control de los motivos es un control de legalidad y por ende no es un control de mérito. Los motivos son los hechos que justifican la adopción del acto administrativo y son anteriores a tal acto y deben ser explicitados por mandato legal, conforme antes ya se ha dicho, por así exigirlo los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la ley N° 19.880”⁵⁸.*

5. CONCLUSIONES Y COMENTARIO

5.1. Tal como se ha explicado latamente, la dictación de una norma de calidad conlleva un procedimiento reglado establecido por la ley y el reglamento respectivo, el cual exige el cumplimiento de altos estándares normativos. Lo anterior se exige dadas las graves y complejas consecuencias que puede tener una norma de calidad mal diseñada, ya que en caso de superación, ello significaría la declaración de saturación y la formulación de un plan de descontaminación, cuyas medidas pueden afectar a los privados.

Así, y dado el nuevo escenario que significa la entrada en vigencia de la norma de MP2,5, ya no se justificaba la regulación anual del MP10, dado que la evidencia científica era inadecuada para demostrar una asociación entre la exposición de largo plazo de esta frac-

⁵⁷ Fallo Corte Suprema Considerando 21°.

⁵⁸ Fallo Corte Suprema Considerando 23°.

ción y los efectos sobre la salud de las personas. En este sentido, la falta de evidencia científica o la incertidumbre científica, son razones suficientes para derogar una norma que no se sostiene y que su eliminación no genera una disminución en la protección ambiental.

Visto en sentido contrario, si por ejemplo existiera una regulación de MP2,5 y no una de MP10, y se quisiera iniciar una nueva regulación de MP10, el alto estándar normativo del procedimiento para la dictación de normas haría muy difícil la aprobación de una norma de MP10 anual.

5.2. La Corte Suprema y el Segundo Tribunal Ambiental fundamentan la anulación en la falta de motivación. Dicha fundamentación ha de cumplir un estándar más alto o exigente que una motivación normal *“en cuanto concierne a actos administrativos que puedan significar una disminución de la protección ambiental”*. De esta forma, se realiza una valoración técnica de la norma en cuestión ¿Puede la Corte Suprema y el Segundo Tribunal Ambiental llevar a cabo dicha ponderación con ocasión de una reclamación de una norma de calidad ambiental?

Es del caso señalar que la competencia del Tribunal Ambiental es bastante acotada, dado el claro tenor del artículo 50 de la LMA, que exige como requisito de legitimación, que los decretos no se ajusten a la ley, y el artículo 30 de la Ley N° 20.600, que establece que *“la sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada”*. El inciso segundo de dicho artículo establece que *“En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”*.

De esta forma, el Tribunal Ambiental, en el control de legalidad que está obligado a efectuar, no puede juzgar el contenido de la decisión discrecional administrativa. Con todo, y tal como señala la Corte Suprema, el control de legalidad sí contempla el análisis de la motivación del acto administrativo cuestionado, pero en cuanto a su legalidad (por ejemplo, razonabilidad y proporcionalidad), pero no en cuanto a su mérito, tal como ocurrió en este caso cuando se

valora el DS 20 como una regulación que disminuye la protección a la salud de las personas.

5.3. Este nuevo requisito que introduce el Segundo Tribunal Ambiental de un estándar de una motivación “especial” o “altísima”, fuera de no tener asidero legal, parte de una valoración de mérito cuando considera que una determinada norma podría generar una disminución de la protección en salud, lo cual contradice lo preceptuado por los artículos 50 de la LMA y 30 de la Ley N° 20.600, tal como ya se ha señalado. Además, dicha conclusión a la cual llega el Segundo Tribunal Ambiental, no está acreditada en parte alguna, y se llega a la misma a partir de supuestos o de una incertidumbre acerca de los efectos del DS 20. En efecto, cabe la pregunta acerca de como el Segundo Tribunal Ambiental y posteriormente la Corte Suprema llegan a la conclusión de que dicha norma puede significar una disminución de la protección en salud. Por último, la exigencia de este nuevo requisito de “motivación altísimo”, genera un nivel de incertidumbre importante por su no regulación o ilegalidad, ya que nadie sabe, en primer lugar, cuáles serían las causales que podrían significar la aplicación de este estándar, y en segundo lugar, qué significa exactamente una “motivación altísima”. Así, los tribunales podrían exigir distintas intensidades de motivación, y elegir un estándar de motivación que signifique el no cumplimiento del requisito y por tanto la anulación del acto administrativo, en una suerte de “elección de la intensidad de la motivación”. De esta forma, este “requisito” autorizado por la Corte Suprema, podría significar una ventana para una intromisión judicial en cuestiones propias de la administración, y en definitiva, en las políticas públicas del país, las cuales buenas o malas, son de responsabilidad del Poder Ejecutivo. Lo cual, evidentemente, es un indicio preocupante de activismo judicial⁵⁹.

⁵⁹ Al respecto, resulta interesante la lectura de la prevención que hace el Ministro Rafael Asenjo en el Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, en que aplica los “Principios de Derecho Ambiental” para la resolución de la reclamación, especialmente el “Principio Precautorio” y el de “No Regresión”, citando además el voto de minoría de ex Presidente de la Corte Suprema, Ministro Sergio Muñoz, en causa Rol N° 4755-2012, en relación a la aplicación de los principios. En definitiva, de acuerdo a esta prevención (Considerando 26), “los principios del derecho ambiental son, cuando corresponde, una herramienta interpretativa de uso obligatorio”.

6. EPÍLOGO

Como se ha señalado, con fecha 30 de septiembre de 2015, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago que anuló totalmente el DS 20 antes explicado, ordenando al Ministerio del Medio Ambiente “llevar a cabo, en el más breve plazo posible, un nuevo proceso de revisión de la norma MP10 contenida en el Decreto Supremo N° 59, de 1998”. Como se sabe, el Ministerio del Medio Ambiente a septiembre del 2015, tiene autoridades diferentes a las que propusieron la política pública ambiental que llevó al país a contar con una norma de MP2,5 y a la derogación de la Norma de MP10 anual (DS 20). Por esto, el proceso de revisión ordenado por la Corte Suprema requiere ser llevado adelante por las actuales autoridades ambientales del país, las cuales ya habían señalado que la nueva política ambiental respecto a esta temática, consideraba reponer la norma de MP10 anual⁶⁰. De esta forma, parte de la estrategia de política pública formulada por un Gobierno democráticamente elegido, quedó guardada en el “baúl de los recuerdos”.

BIBLIOGRAFÍA

BURDILES, Gabriela y OSSANDÓN Jorge (2012): “Regulación del material particulado MP2,5. Evolución normativa y propuestas para la derogación o vigencia de la regulación anterior”, en centro de derecho ambiental *Actas VI Jornadas de Derecho Ambiental Visión Ambiental Global: Presente y Futuro* (Thomson Reuters): pp. 425-443.

⁶⁰ Declaración del actual Ministro de Medio Ambiente, Pablo Badenier: “Nosotros, a pocas semanas de iniciar nuestra gestión, anunciamos la decisión de reponer la norma por considerar que se trata de un elemento esencial para poder abordar la contaminación atmosférica de muchas de nuestras ciudades, particularmente en el norte. Así nos lo pidieron además los propios habitantes de comunas afectadas por contaminación del aire”. Asimismo, Badenier agregó que “en septiembre pasado publicamos oficialmente el inicio de la revisión de la norma de MP10 para mejorarla y reponer lo eliminado. Hoy el Segundo Tribunal Ambiental ha ordenado frenar ese proceso e iniciar en el más breve plazo una nuevo proceso de revisión, y así lo haremos”. En <http://www.t13.cl/noticia/actualidad/medio-ambiente-valora-fallo-de-tribunal-ambiental-por-norma-de-material-particulado> (revisada el 24 de marzo de 2016).

BERMÚDEZ, Jorge (2015): “La Legitimación Activa en el Contencioso Ambiental”, en FERRADA, Juan Carlos, BERMÚDEZ, Jorge y PINILLA, Francisco (Coords.) *La Nueva Justicia Ambiental* (Thomson Reuters): pp. 155-180.

BERMÚDEZ, Jorge (2014, Segunda Edición): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Ediciones Universitarias de Valparaíso).

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 29 de abril 2014, Rol N° 2892-2014.

Sentencia Corte Suprema, de fecha 7 de octubre de 2014, Rol N° 11.299.

Sentencia Corte Suprema, de fecha 22 de mayo de 2014, Rol 16.817-2013.

Sentencia de la Corte Suprema Argentina, de fecha 8 de julio de 2008, expediente M. 1569. XL

Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado (sala de lo contencioso administrativo) de Colombia en Segunda Instancia, de fecha 28 de marzo de 2014, Expediente núm. AP-25000-23-27-000-2001-90479-01.

Sentencia Corte Suprema, de fecha 30 de septiembre de 2015, Rol N° 1.119-2015.

Sentencia Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, de fecha 16 de diciembre de 2014, Rol N° 22-2014 (Acumulada Rol N° 25, 28, 29 y 31, todas de 2014).

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 29 de octubre de 2002, en relación a un recurso de casación y apelación causa rol N° 2185-2001.

Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 27 de mayo de 1998, Rol N° 1372.