

Oswaldo de la Fuente Castro
Abogado
Santiago, Chile
osvaldo.delafuente@gmail.com.

El Control Judicial de las Normas de Calidad Ambiental

(Comentario a la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de 16 de diciembre de 2014, Rol 22-2014)**

*The Judicial Control of environmental quality standards
(Comentary on the decision by The Second Environmental Court on December 16th, 2015, Case 22-2014)*

Resumen

El autor analiza la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental sobre la reclamación en contra del Decreto Supremo N° 20, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que “establece norma de calidad primaria para material particulado respirable MP10, en especial de los valores que definen situaciones de emergencia y deroga Decreto N° 59, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”. En su crítica, constata una concepción débil del principio de legalidad, que afecta la interpretación que ofrece el tribunal del alcance del control judicial que ejercen los tribunales ambientales. Asimismo, sostiene que gran parte de los problemas interpretativos de este caso, referidos al acceso a la justicia y estándar de fundamentación del acto administrativo, se resuelven a la luz de un sistema de derecho administrativo, al cual pertenece el derecho ambiental.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magister en Derecho Público, Universidad de Chile. Investigador independiente.*

Palabras clave

Regulación ambiental - control judicial de la administración - deber de fundamentación del acto administrativo.

*** Artículo recibido el 16 de marzo de 2016 y aceptado para su publicación el 7 de mayo de 2016.*

Abstract

The author analyzes the judgment of the Second Environmental Court on complaint against Decree N° 20 of 2013, Ministry of Environment, which “provides health-based national air quality standard for PM 10, in particular the values that define emergency and repeal Decree N° 59 of 1998, Ministry General Secretariat of the Presidency. In his critique, finds a weak conception of the principle of legality, which affects the interpretation offered by the court of the scope of judicial review exercised by the environmental courts. He also argues that much of the interpretive problems in this case, relating to access to justice and the duty to give reasons for administrative decision, can be resolved in the light of a system of administrative law, which belongs environmental law.

Keywords

Environmental regulation - judicial control of the administration - Duty to give reasons for administrative decisions.

La calidad del aire, ha sido una materia de especial interés desde los inicios de la regulación ambiental en Chile. Si bien la Ley 19.300 fijó el marco general para la creación de diversas normas ambientales vía potestad reglamentaria del Presidente de la República, existen antecedentes previos que invocaron la salud de la población como fundamento de diversas medidas restrictivas para fuentes emisoras. Las técnicas de control de emisiones que han sido formuladas desde entonces son muy variadas, tales como la prohibición de actividades nocivas, el establecimiento de límites de emisión y la creación de instrumentos económicos. Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la Ley 19.300, las normas de calidad han tenido un rol esencial para definir toda la política ambiental.

Para comprender la importancia de las normas de calidad, podemos acercarnos al tema por medio de la siguiente pregunta: ¿Qué se decide al fijar una norma de calidad? Para responder a esta pregunta, podríamos pensar que basta con revisar la definición legal. Así, de acuerdo al texto de las letras n) y ñ) del artículo 2 y el artículo 32 de la Ley 19.300, el estándar que establece una norma de calidad representa un consenso social respecto al nivel de exposición que se considera aceptable para un contaminante en particular, como resultado de un ejercicio de ponderación entre costos y beneficios sociales. Sin embargo, a mi juicio esta definición legal no refleja completamente la relevancia de las normas de calidad en cuanto instrumento de política pública. Por esta razón, creo necesario establecer una comprensión más amplia.

A mi modo de ver, las normas de calidad constituyen una expresión de voluntad política orientada a levantar información ambiental de manera oficial a fin de establecer medidas de descontaminación que incluyen tanto regulaciones a fuentes emisoras como orientaciones de política pública. En este sentido, por medio de las normas de calidad se da inicio a un proceso de fundamentación de la regulación ambiental en un contexto más

amplio compuesto por la tríada (a) norma de calidad; (b) declaración de zona latente o saturada; y (c) plan de prevención o descontaminación, junto a sus revisiones periódicas cada cinco años.

Se trata, por lo tanto, de un proceso dinámico, donde, una vez definido el nivel de riesgo aceptable para la exposición a determinado contaminante, se realiza un monitoreo durante el período de observación considerado en la norma de calidad, conforme a un programa de medición y control de la calidad ambiental del aire establecidos en el artículo 33 de la Ley 19.300. Para la evaluación de la norma, se realiza un análisis estadístico de los datos obtenidos durante el monitoreo, el cual tiene por finalidad conocer el comportamiento del componente ambiental respectivo y así adoptar decisiones de política pública acertadas.

Los resultados de este monitoreo pueden dar origen a una intervención más intensa de la Administración, quien, una vez declarada una zona latente o saturada, se encuentra habilitada para adoptar medidas restrictivas de descontaminación, dirigidas a las fuentes emisoras que contribuyen en la calidad del aire, por medio de un plan de prevención o descontaminación, en el cual se fijan metas cuyo cumplimiento se analiza a la luz de los monitoreos de calidad del aire.

En este contexto, como ha ocurrido en la experiencia comparada, el MP10 constituye un contaminante estratégico en la regulación de la calidad del aire¹. En Chile, la norma de calidad para MP10 fue fijada en el año 1998² considerando como período de observación veinticuatro horas y un año (Decreto Supremo N° 59, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en adelante, DS MINSEGPRES 59/1998), que responde a los efectos a la salud derivados por una exposición breve y prolongada a este contaminante. Así, en el año 1998, se estableció en Chile un límite de 150 microgramos por metro cúbico normal como concentración de veinticuatro horas (norma diaria) y 50 microgramos por metro cúbico normal como concentración anual (norma anual).

En el año 2010 se dio inicio al proceso de revisión de la norma de calidad para MP10, que concluyó con el Decreto Supremo N° 20, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente (en adelante, DS MMA 20/2013), que deroga el DS MINSEGPRES 59/1998, que establecía una norma diaria y una anual, estableciendo un límite de 150 microgramos por metro cúbico normal como concentración de veinticuatro horas. De este modo, en la práctica, el DS MMA 20/2013 eliminaba la norma anual y mantenía una norma diaria con el mismo valor de concentración fijado en el año 1998.

El proceso de revisión de la norma, a pesar de su importancia para la política ambiental de nuestro país, se caracterizó por un escaso interés de la ciudadanía en participar activamente en la discusión. Sin embargo, y en contraste con lo anterior, una vez terminado el procedimiento, la nueva norma de calidad fue objeto de varias reclamaciones, todas

¹ De acuerdo a KATZ (2006) existen contaminantes de primera, segunda y tercera generación, señalando que los países que superan los 5.000 dólares per cápita centran su atención en el MP10.

² Cabe señalar que, antes del régimen establecido por la Ley 19.300, el Decreto Supremo N° 185, de 1992, del Ministerio de Minería, había fijado como norma de calidad del aire para material particulado respirable 150 microgramos por metro cúbico normal como concentración media aritmética diaria.

las cuales fueron acumuladas a un mismo proceso, que culminó con la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de fecha 16 de diciembre de 2014, Rol 22-2014, cuyo resuelto tercero decide anular totalmente el DS MMA 20/2013. Dicha sentencia fue impugnada por medio de un recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado por la Corte Suprema por sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015, Rol 1119-2015.

El DS MMA 20/2013 fue atacado por varios frentes, no todos ellos plausibles, pero en definitiva se objetaban dos cosas: (i) la derogación de la norma anual y; (ii) que, como resultado del proceso de revisión, se mantuviera como norma diaria el mismo valor fijado el año 1998.

En ambos casos, el problema era su fundamentación, es decir, si existían buenas razones para derogar la norma anual y mantener el límite fijado en el año 1998 para la norma diaria. El tribunal, al conocer de las reclamaciones, no se limitó a resolver la controversia fijada entre las partes, sino que, en un exceso de entusiasmo, extendió su razonamiento a una reflexión más amplia de política pública. En efecto, en el considerando segundo, señala que

[s]i bien, desde el punto de vista administrativo, la preparación, definición y revisión periódica de cada una de estas normas importan procedimientos separados e independiente, en lo sustantivo -así como desde el punto de vista de las políticas públicas de la época- estamos frente a procesos íntimamente relacionados entre sí.

Anunciando luego, en el considerando cuarto, una suerte de metodología para la elaboración de las normas de calidad, al señalar que

A juicio del Tribunal, esta es entonces la ocasión para pronunciarse tanto sobre el procedimiento administrativo diseñado por el legislador [...], como sobre la motivación y fundamentación necesarias en el proceso de creación y revisión de normas primarias de calidad ambiental.

Posteriormente, en el considerando octogésimo, refiriéndose a la derogación de la norma anual, bajo la idea de una política ambiental coherente, señala que

[...] 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;

Sin embargo, al momento de resolver el asunto, estas ideas fueron perdiendo fuerza. En efecto, el tribunal, al analizar el procedimiento administrativo declara la ilegalidad del DS MMA 20/2013 por desprolijidades en la materialidad del expediente y el tiempo de tramitación del procedimiento (considerando trigésimo cuarto). Luego, al analizar la motivación de la mantención del valor de la norma diaria y la derogación de la norma anual, declara la ilegalidad por un déficit en el acta del consejo consultivo y una referencia genérica a los criterios de revisión de las normas de calidad (considerandos quincuagésimo primero y octogésimo primero).

En lo que sigue, intentaré demostrar que, a la luz del sistema de derecho administrativo chileno, los vicios acreditados en el proceso constituyen una infracción al deber de fundamentación del acto administrativo, lo que constituye un aspecto sustantivo de la actuación de la Administración del Estado.

I. Control judicial y principio de legalidad

La idea de potestades públicas fiduciarias, es decir, otorgadas en interés no de quien las ejerce, sino que de la ciudadanía, tiene una consecuencia importante: el control externo de la Administración es necesario³. De este modo, el control judicial de la Administración constituye un elemento que hace posible la idea de un poder limitado de la autoridad en un Estado democrático, que se expresa en términos legales bajo el principio de legalidad.

Cuando hablamos de principio de legalidad, por lo tanto, estamos sintetizando la idea de un ejercicio razonado y predecible de potestades públicas fiduciarias, cuya defraudación motiva la intervención de los jueces a fin de reconducir el actuar de la Administración a la legalidad⁴.

Para que sea posible este control externo, se impone a la Administración un deber de motivación o fundamentación, bajo la idea de que los actos administrativos valen por las razones que lo justifican, no por quien los dicta⁵.

En este contexto, la principal función del procedimiento administrativo es recopilar información para adoptar la mejor decisión posible y es una garantía para satisfacer el deber de fundamentación de los actos administrativos⁶. Desaprovechar esta instancia y

³ GARCÍA DE ENTERRÍA (2000):110-11.

⁴ Fernando Atria hace una distinción entre conceptos pre-institucionales y conceptos institucionales que, a mi juicio, ilumina la comprensión de las instituciones jurídicas y que he intentado aplicar aquí. Si entiendo bien a Atria, esta distinción la formula dentro de un argumento mucho más amplio, los conceptos institucionales constituyen una formalización de conceptos pre-institucionales que responden a ideas políticas. El sentido de esta formalización es hacer posible la realización del concepto pre-institucional, el cual desaparece ante la ritualidad de la aplicación del derecho, es decir, las normas jurídicas tienen una fuerza apelativa dentro del sistema jurídico, son decisiones que debemos respetar como tal. Sin embargo, para la inteligibilidad de los conceptos institucionales es necesario entender el concepto pre-institucional al cual sirven. El ejemplo que da Atria es la idea de intercambio justo, que se formaliza en las reglas del derecho de los contratos. Un contrato válidamente celebrado, no puede ser invalidado porque se crea que es injusto. Sin embargo, la institución jurídica de contrato no es inteligible sin referencia a la idea de intercambio justo. Vid. ATRIA (2009) y ATRIA (2012), donde se enuncia esta distinción dentro de un argumento más amplio.

⁵ Como se formaliza esta idea es importante para la práctica legal, en particular, la manera en cómo se construye la premisa normativa aplicable a un caso. En el derecho español, de consulta frecuente en nuestro medio, el deber de motivación es tratado por la doctrina como garantía frente a la interdicción de la arbitrariedad establecida en el art. 9.3 de la constitución española. En el derecho chileno, a nivel constitucional, el deber de motivación puede ser vinculado al principio de transparencia establecido en el artículo 8 CPR, sin perjuicio de que tiene una consagración legal en la Ley 19.880. Me parece que esta diferencia hace discutible la importación directa de la doctrina española en nuestro país para efectos de argumentar en base al derecho positivo chileno. He intentado construir el deber de motivación a partir del sistema jurídico chileno en DE LA FUENTE (2012):109-112.

⁶ En este sentido, SCHMIDT-ASSMANN indica que el procedimiento administrativo permite a la administración preparar con cuidado sus decisiones (2003:360-362), mientras que para Ponce el procedimiento administrativo cumple un papel racionalizador (2001:228-244).

llevar la discusión del fundamento científico de una norma de calidad al proceso judicial de reclamación, resulta inadecuado considerando el especial diseño institucional de la Administración para adoptar este tipo de materias en comparación a los tribunales, que cumplen esencialmente tareas de adjudicación⁷.

A continuación, me centraré en dos aspectos de este caso que creo tienen interés para el desarrollo del derecho ambiental chileno. El primero, la forma en que se operativiza el acceso a la justicia en materia ambiental. El segundo, la congruencia entre el expediente administrativo y la decisión final como estándar de control judicial.

II. Acceso a la justicia

El control de la Administración, como es sabido, tiene sus bases en el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución, cuyo texto es del siguiente tenor:

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

El acceso a la justicia que establece esta disposición se desarrolla a nivel legal en diversos medios de impugnación de actos administrativos. En el caso de las normas de calidad, las disposiciones legales pertinentes se encuentran en el artículo 50 de la Ley 19.300 y la letra i) del artículo 18 de la Ley 20.600. Ambas disposiciones establecen los requisitos que debe satisfacer un interesado para impugnar una norma de calidad, a saber, (i) que no se ajusten a la Ley 19.300; y (ii) que causen perjuicio al interesado.

Respecto al primer punto, el tribunal, incómodo con esta limitación legal, desarrolla una argumentación destinada a comprobar que la referencia a la Ley 19.300 no tiene efecto en el alcance del control judicial que ejerce. En el considerando décimo tercero, plantea y resuelve el problema en los siguientes términos:

[...] si de la lectura de los artículos pertinentes se dedujera que la competencia del Tribunal se limita solo a analizar una supuesta ilegalidad e incumplimiento de la LBGMA y no a la de otros cuerpos normativos aplicables, se estaría impidiendo de esta forma una revisión plena y completa del caso, *afectando la integridad de la garantía de la tutela judicial efectiva*. 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. (énfasis añadido)

⁷ Esta idea ha sido defendida en nuestro país por Luis Cordero. Vid. CORDERO (2009): 161-65.

El razonamiento del tribunal gira en torno a la consistencia de la ley con la idea de tutela judicial efectiva, por influencia de la doctrina española asociada al texto del artículo 24.1 de la constitución española⁸. Esta referencia hace difícil situar el problema jurídico asociado a la reclamación judicial de las normas de calidad dentro del derecho positivo chileno.

El problema es uno constitucional que enfrenta, por una parte, el acceso a la justicia establecido en el artículo 38 de la Constitución y, por otra, el recurso de reclamación establecido en los 50 de la Ley 19.300 y 18 de la Ley 20.600. Formulado como pregunta en base al sistema jurídico chileno, el problema planteado por el tribunal es el siguiente: ¿afectan los artículos 50 de la Ley 19.300 y 18 de la Ley 20.600 el acceso a la justicia que establece el inciso segundo del artículo 38 de la Constitución? La existencia de más de un régimen de impugnación judicial ¿dificulta el acceso a la justicia o lo hace poco eficiente al punto de desconocer la posibilidad de una reclamación judicial en los términos establecidos en la Constitución?

El tribunal, no obstante, no hace explícito esta cuestión de constitucionalidad ni remite los antecedentes al Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo establecido en el art. 93 N° 6 de la Constitución, sino que la usa en su argumentación para extender el ámbito de su control más allá de la Ley 19.300.

Como se ve, el razonamiento del tribunal es defectuoso, porque enuncia un problema constitucional haciendo referencia a otro sistema jurídico. Y, como intentaré demostrar, era innecesario para resolver este caso, porque el DS MMA 20/2013, como veremos en la siguiente sección de este comentario, no se ajustaba a la Ley 19.300.

Para demostrarlo, debemos recordar la importancia que tiene el procedimiento administrativo, algo que enuncia el tribunal en el considerando vigésimo segundo pero desafortunadamente no desarrolla el argumento hasta el final. Como se señaló anteriormente, el procedimiento administrativo constituye una garantía para satisfacer el deber de fundamentación, en términos tales que, al examinar el expediente, no debiese causar sorpresa el contenido de la decisión final.

El deber de fundamentación es la base del control judicial, de manera que no era necesario en este caso intentar extender el ámbito de control a otras disposiciones legales. Una correcta comprensión de la vinculación entre procedimiento y decisión, hacía innecesario buscar la ilegalidad en cuerpos legales distintos a la Ley 19.300, sorteando de este modo el problema del alcance del control.

De todos modos, creo que la cuestión constitucional merece ser discutida porque no tiene sentido limitar el ámbito de control de legalidad a solo un texto legal. Las reglas a las cuales se encuentra sujeto el ejercicio del poder público tienen su origen en un conjunto de decisiones jurídicas previas que se articulan en un sistema de derecho administrativo⁹.

⁸ Dicha disposición señala: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

⁹ Intentaré explicar este punto con más detención. Las normas jurídicas no se encuentran en los textos legales, sino que constituyen una elaboración intelectual en base a estos últimos por medio de un trabajo que conocemos como interpretación. Un control judicial robusto y serio debe revisar las decisiones de la Administración a la luz de las

Otro aspecto que trata el tribunal es el perjuicio como requisito habilitante para impugnar vía reclamación una norma de calidad. En el considerando decimoquinto, el tribunal sostiene que

[...] respecto de las normas primarias, habría perjuicio si quien lo invoca considera que el estándar fijado en la norma primaria constituye un riesgo para la vida o la salud de la población. Será necesario entonces, invocar directa o *indirectamente* lo anterior. (énfasis añadido)

Llama la atención, en primer lugar, que el tribunal admita abiertamente que un requisito de legitimidad activa pueda ser invocado indirectamente, es decir, que no sea necesario argumentar en la reclamación la existencia de un perjuicio, sino que se encuentre implícito en el reclamo. Lo resuelto por el tribunal en este aspecto equivale a decir: ¡por algo será que están reclamando!

La Corte, por su parte, indica en el considerando undécimo que el perjuicio se refiere a un interés legítimo, caracterizado como el interés en que las normas efectivamente sirvan para proteger el medio ambiente¹⁰. Sin embargo, este interés al que alude la Corte, si bien habilita para participar en el procedimiento administrativo, no es posible equiparlo a un perjuicio que permita impugnar la decisión final vía reclamación. Para comprender este punto, conviene recordar, una vez más, la importancia del procedimiento administrativo.

Es innegable que todos tenemos un interés en proteger el medio ambiente, pero al momento de definir cómo hacerlo, surgen discrepancias. Para ello, existe el procedimiento administrativo, justamente como instancia formal donde confluyen diversos intereses dentro del proceso de toma de decisión a fin de alcanzar la mejor decisión posible.

Dentro del procedimiento, se establecen una serie de derechos y garantías, los cuales, en caso de verse defraudados, afectan la credibilidad del resultado final. Es esta defraudación lo que activa la intervención judicial en materias de política pública. No se trata de un interés genérico en proteger el medio ambiente, sino algo más preciso que permita el control judicial, porque de lo contrario, le pedimos a nuestros tribunales que determinen cómo debemos proteger al medio ambiente, materia para la cual el proceso judicial resulta inadecuado y hace inútil destinar recursos en un procedimiento administrativo para estos fines, ya que si en definitiva el asunto será decidido por el tribunal sería más eficiente preguntarle directamente a los jueces.

¿Cómo debemos entender el perjuicio como requisito de legitimación activa? Al respecto, cabe señalar que, tal como indican tanto la Corte (considerando noveno) como el tribunal (considerando décimo cuarto), la noción civilista de perjuicio no es provechosa. Pero su falta de idoneidad para resolver el problema de legitimidad activa no se encuentra en el

normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder público que forman parte de un sistema jurídico. La lectura de un texto legal no es descontextualizada, sino que se integra dentro de un sistema construido por una comunidad jurídica y solo así adquiere sentido como norma jurídica. Desconocer esta distinción hace imposible comprender la práctica legal. Una exposición didáctica sobre los problemas asociados a la aplicación del derecho en GARCÍA (2012). Sobre la distinción sobre texto y norma he seguido a ROBLES (2006).

¹⁰ La Corte recoge una idea planteada en BERMÚDEZ (2015).

hecho que haga difícil el acceso a la justicia, como pareciera tener en mente el tribunal y la Corte. La razón, a mi juicio, se encuentra en el fundamento de la regulación ambiental. En efecto, esta surge, entre otras razones, por la incapacidad del derecho civil para dar una solución al problema ambiental¹¹.

Aquí, es posible plantear otra cuestión de constitucionalidad, que tampoco fue discutida en este caso. El texto del artículo 38 de la constitución se refiere a quien vea lesionados sus derechos, mientras que la legislación ambiental establece como requisito de legitimidad activa un perjuicio, concepto que denota un ámbito de protección menor. No obstante, el problema de la determinación de la naturaleza del perjuicio es resuelto por la Corte en referencia a un *effet utile*, renunciando a mi modo de ver a la tarea de precisar este concepto en materia ambiental.

Considerando lo anterior, es necesario explorar alternativas más satisfactorias de interpretación legal. Una línea de razonamiento que es posible esbozar dice relación con la importancia del procedimiento administrativo y su relación con el deber de fundamentación. Así, como ocurre en el sistema de evaluación de impacto ambiental, quienes no han quedado satisfechos con la decisión final por contravenir injustificadamente los intereses que hubiesen expuesto durante el procedimiento administrativo, podrían alegar que su derecho a la participación, establecido en la letra f) de la Ley 19.880, fue desconocido y por ello no ha existido un reconocimiento efectivo.

Por otra parte, tratándose de personas domiciliadas en un área declarada zona saturada y que cuenta con un plan de descontaminación, como era el caso de algunos reclamantes y según resolvió el tribunal a su respecto, la derogación de la norma anual tiene como consecuencia, no solo que quedan sin efecto las medidas del plan respectivas, sino que deja de ser necesario destinar recursos públicos para obtener datos y evaluar el cumplimiento de la norma, sin que se haya alcanzado la meta ambiental propuesta en el plan, situación que es posible de reconocer como un perjuicio que habilite para la impugnación judicial de una norma de calidad.

III. Congruencia como estándar de control judicial

El tribunal hace referencia a la coherencia y congruencia entre el expediente administrativo y la decisión final en el considerando trigésimo primero. Anteriormente, en el considerando vigésimo segundo había señalado la importancia del procedimiento administrativo.

[...] el procedimiento -además de organizar la obtención y tratamiento de la información-, permite comprender y explicar el acto terminal, pues constituye el fundamento legal y técnico de la norma primaria resultante.

¹¹ Toda la regulación ambiental se fundamenta en la idea de anticiparse a los daños regulando su origen, típicamente actividades industriales, no en la reparación de estos una vez ocurridos. Sobre los límites de la responsabilidad civil frente a los daños ambientales Cane 2001.

Como resultado del examen del expediente que realiza para resolver la reclamación, en los considerandos trigésimo y siguientes hace presente que la decisión final *“terminó siendo incomprensible para cualquiera que no haya estado involucrado directamente en dicho proceso”*, objetando una tramitación excesivamente larga, escasa participación de la ciudadanía, referencia a informes que no constan en el expediente y, lo más grave, una referencia inexacta al acta del consejo consultivo respecto a lo que realmente se discutió.

Más adelante, en el considerando sexagésimo séptimo, se refiere al análisis general del impacto económico y social de la norma en los siguientes términos

Este Tribunal coincide en que de la escueta información presentada en dicho AGIES, se hace muy difícil descubrir el origen de la función exposición-respuesta (o dosis-respuesta) utilizada para calcular los efectos en salud, para lo cual se debe ir a revisar el documento análogo confeccionado para la norma MP2.5, *ante lo cual sigue siendo confuso descifrar, aún para un experto [...]* (énfasis añadido)

Luego de este largo razonamiento, sorprendentemente el tribunal estima ilegal el DS MMA 20/2013 por infracción al artículo 32 de la Ley 19.300, con relación a los artículos 7, 16, 19 y 37 del Decreto Supremo N° 93, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece el Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión.

Dichas disposiciones reglamentarias regulan la forma de agregar al expediente la documentación (artículo 7), la prórroga para la elaboración del anteproyecto (artículo 16), el acta del consejo consultivo (artículo 19) y los criterios generales de revisión de la norma de calidad (artículo 37).

Esta conclusión es desconcertante. El tribunal inicia el examen del expediente adelantando la incoherencia e incongruencia del mérito del procedimiento administrativo con la decisión final, al punto que dicha decisión termina siendo incomprensible para quienes no participaron en el proceso. Esto significa que no es posible conocer las razones que justifican la decisión final, lo que por definición constituye una falta de motivación. La relación que hace del contenido del expediente reafirma lo anterior, sin embargo, para el tribunal la ilegalidad no es la falta de motivación del acto, sino que una infracción asociada a la materialidad del expediente.

De este modo, a pesar de las intenciones declaradas por el tribunal respecto al estándar de motivación en la elaboración y revisión de normas de calidad, al momento de la decisión solo objeta desprolijidades en la materialidad del expediente, según da cuenta la referencia a los artículos 7, 16, 19 y 37 del reglamento como motivo de ilegalidad.

Sin embargo, la incongruencia que se acreditó durante el proceso ante el tribunal no tiene un efecto en el cumplimiento de meras formalidades en la ritualidad del procedimiento administrativo, sino que tiene un efecto sustantivo: desnaturaliza la obligación de instruir un procedimiento administrativo según establece el artículo 32 de la Ley 19.300, cuya finalidad, como fue señalado anteriormente, es garantizar el cumplimiento del deber de motivación del acto administrativo.

Ciertamente, la referencia a la Ley 19.300 como alcance del control de legalidad del tribunal es incómodo y, al no existir texto expreso en dicho cuerpo legal que exija la motivación del acto, la tramitación del expediente cobra relevancia dentro de la argumentación del tribunal. Pero si había sostenido previamente que el alcance de su control se extendía más allá del texto de la Ley 19.300, no tiene sentido imputar una ilegalidad manifiesta de falta de fundamentación a desprolijidades en la materialidad del expediente.

La sentencia de la Corte, pone las cosas en su lugar. En el considerando décimo cuarto da la razón al recurrente respecto a la infracción al artículo 13 de la Ley 19.880, que exige para invalidar un acto la existencia de un vicio esencial. Pero descarta la casación porque estima que no ha influido en lo dispositivo del fallo. Más adelante, en el considerando vigésimo primero, expresa el motivo que da origen a la nulidad del DS MMA 20/2013 al señalar 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 impugnado”*.

Cabe señalar que el tribunal consideró en su razonamiento estas ideas. Por ejemplo, señala en el considerando trigésimo que

[...] si existen razones prácticas, científicas y ambientales que expliquen la mantención del estándar, es necesario que consten tanto en el expediente como en el mismo Decreto Supremo; de lo contrario, *no se podrá entender cuál fue la razón que permitió a la Administración el establecimiento y mantención de un estándar* que, a pesar de los cambios tecnológicos y el continuo aumento de la protección ambiental, se mantiene exactamente igual desde hace 15 años. (énfasis añadido)

Sin embargo, fue tímido al llevar esta idea hasta el final, como sería entender una infracción al artículo 32 de la Ley 19.300 en cuanto ordena la instrucción de un procedimiento administrativo como garantía del deber de fundamentación del acto administrativo, lo que exige, al menos, coherencia entre el procedimiento y la decisión.

La conexión entre procedimiento y decisión resulta mucho más importante si se acepta lo sostenido por la Corte, quien tras señalar que existen diversos grados de motivación, en este caso era aplicable uno altísimo. En efecto, la Corte en el considerando vigésimo primero, señala 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 en el presente caso la motivación es absolutamente insuficiente, particularmente porque no se explica cómo 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.

La existencia de diversos grados de motivación del acto administrativo, debe ser analizada con cuidado para no caer en confusiones terminológicas. Frente a las potestades regladas, es posible sostener que las potestades discrecionales tienen un estándar de fundamentación más elevado¹², porque para adoptar una decisión en este último caso no basta con hacer referencia a la ley sino que es necesario justificar los criterios que la orientaron.

Una cosa distinta es que dentro del ejercicio de potestades discrecionales existan diversos grados de motivación, lo que en este caso solo ha sido enunciado pero no ha sido justificado ni por el tribunal ni por la Corte. El problema, a mi modo de ver, se expresa mejor con otro concepto jurídico: el estándar de prueba.

Hemos visto que el procedimiento administrativo tiene como función recolectar información, pero ¿cuánta información es necesaria para adoptar una decisión? El análisis de este caso permite conjeturar que para el tribunal y la Corte el fundamento técnico era insuficiente, la recopilación de información no alcanza a satisfacer el estándar de prueba aplicable. Pero este estándar no existe en nuestra legislación y no ha sido discutido en nuestra doctrina. Existe una intuición correcta que exige hacer mejor las cosas, pero lo importante es discutir cómo resolvemos jurídicamente este problema.

La posición que se adopte frente al estándar de prueba exigible moldeará por completo el procedimiento administrativo de elaboración de planes y normas. Mientras no se resuelva esta materia, todos los procesos regulatorios ambientales se encuentran sujetos a la incertidumbre sobre la satisfacción de dicho estándar de prueba y a mi juicio esta es la gran discusión que debería darse entre los interesados que participan en estos procesos.

IV. Referencias Bibliográficas

- ATRIA, Fernando (2011): "Viviendo bajo ideas muertas. La ley y la voluntad del pueblo" [en línea] Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 100 [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2015]. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/100.
- ATRIA, Fernando (2009): "La Verdad y lo Político (I). La Verdad y su Dimensión Constitutiva", en: *Persona y Sociedad* 23, pp. 21-50.
- BERMÚDEZ, Jorge (2015): *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 549 pp.
- CANE, P. (2001): "Are Environmental Harms Special?", en: *Journal of Environmental Law* 13, pp. 3-20.
- CORDERO, L. (2009): *El Control de la Administración del Estado*, LegalPublishing, Santiago, 189 pp.
- DE LA FUENTE, O. (2012): *Control Judicial de la Resolución de Calificación Ambiental*, Thomson Reuters, Santiago 142 pp.

¹² He desarrollado esta idea en de la FUENTE (2012).

- GALETOVIC, A. ed. (2006): *Santiago. Dónde estamos y hacia dónde vamos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 579 pp.
- GARCÍA, J. (2012): *Razonamiento Jurídico y Argumentación. Nociones introductorias*. EOLAS Ediciones, León, 218 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, R. (2000): *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 340 pp.
- KATZ, R. (2006). “Contaminación del aire en Santiago: estamos mejor que lo que creemos pero a mitad de camino”, en Galetovic 2006, pp. 334-369.
- PONCE, J. (2001). *Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido*, Lex Nova, Valladolid, 862 pp.
- ROBLES, G. (2006). *El Derecho como Texto. Cuatro Estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*, Civitas, Navarra, 150 pp.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003). *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y Fundamentos de la Construcción Sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 475 pp.

V. Normas citadas

Constitución Política de la República.

Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 mayo 2003.

Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente. Diario Oficial, 09 de marzo de 1994.

Ley N° 20.600, crea los tribunales ambientales. Diario Oficial 28 de junio de 2012.

Decreto Supremo N° 20, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece norma de calidad primaria para material particulado respirable MP10, en especial de los valores que definen situaciones de emergencia y deroga Decreto N° 59, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Diario Oficial, 16 de diciembre de 2013.

Decreto Supremo N° 59, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10, en especial los valores que definen situaciones de emergencia. Diario Oficial, 25 de mayo de 1998.

Decreto Supremo N° 93, de 1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión. Diario Oficial, 26 de octubre de 1995.

Decreto Supremo N° 185, de 1992, del Ministerio de Minería, que reglamenta funcionamiento de establecimientos emisores de anhídrido sulfuroso, material particulado y arsénico en todo el territorio de la República. Diario Oficial, 16 de enero de 1992.