

MEJORA REGULATORIA, LEGITIMACIÓN Y PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN: EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO MP 10

Ezio Costa Cordella

Abogado, Universidad de Chile
Magíster en Regulación, London School of Economics
Director Ejecutivo de la ONG FIMA e
Investigador del Centro de Regulación y Competencia (RegCom),
Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
e.costa@derecho.uchile.cl

I. Antecedentes y breve historia de la regulación del MP10 en Chile.

A comienzos de octubre de 2015, la Corte Suprema¹ confirmó el fallo del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago (en adelante 2TA), que mandaba a anular y rehacer el Decreto Supremo 20/2013, que establece la norma de calidad ambiental referida al material particulado 10 (en adelante, MP10).

El material particulado “comprende una mixtura de componentes, incluyendo partículas de la quema de carbón, inorgánicos secundarios y partículas derivadas de corteza. Estos componentes pueden contribuir, con distinto potencial, a los efectos que el material particulado produce en la salud”². Este tipo de contaminantes se dividen a su vez de acuerdo a su diámetro, principalmente en dos categorías, MP2,5 y MP10, siendo este último una partícula más gruesa que el primero. El MP10 es uno de los contaminantes principales en

1 Corte Suprema, Causa rol N° 1.119-2015. Fernando Dougnac y otros con Ministerio del Medio Ambiente. 30 de Septiembre de 2015.

2 SCHWARZE, P. et al. “Particulate matter properties and health effects: consistency of epidemiological and toxicological studies”. EN: Hum. Exp. Toxicol., 25 (2006). P. 559–579 (traducción del autor).

diversas partes de Chile y es causante directo de enfermedades respiratorias crónicas y otras enfermedades, así como contribuyente a disminuir las expectativas de vida de las personas.

A raíz de lo anterior, especialmente de la alta concentración de los contaminantes en ciertos lugares, en Chile existe una regulación sobre este tipo de contaminantes que se remonta a la R.E. 1215 de 1978 del Ministerio de Salud, la que establecía, en su artículo 2° que *“Contaminación Atmosférica: Es la presencia en el aire de más contaminantes, o cualquier combinación de ellos, en concentración o niveles tales que perjudiquen o molesten la vida, la salud y el bienestar humano, la flora y la fauna o degraden la calidad del aire, de los bienes, de los recursos nacionales o de los particulares”*, para luego en su artículo 3° señalar las concentraciones máximas de “partículas en suspensión” que correspondían a *“Setenta y cinco microgramos por metro cúbico (75 µg/m³ N) como concentración medio geométrico anual; o doscientos sesenta microgramos por metro cúbico (260 µg/m³ N) como concentración media aritmética de veinticuatro horas consecutivas, no pudiéndose sobrepasar este valor más de una vez por año”*.

Esta norma, al igual que las normas actuales de calidad, establecía que en caso de sobrepasarse la norma en una determinada zona, ella se entendía saturada, cuestión que imponía en su artículo 8° el deber a la autoridad regional de salud de *“implantar y ejecutar un programa de control de la contaminación atmosférica, asignando recursos definidos que permitan controlar las emisiones contaminantes”*.

En 1988, mediante R.E. 369 del Ministerio de Salud, se estableció por su parte el “Índice de Calidad del Aire”, destinado a la medición de los contaminantes atmosféricos. El mismo Ministerio, mediante DS 32/1990, estableció las situaciones de Pre-Emergencia y Emergencia cuando se supera de una determinada manera el máximo de los índices en cuestión, dando especial importancia a la suspensión de las obras o faenas emisoras de material particulado.

Es la Ley Nº 19.300 la que incorpora el concepto de normas de emisión y calidad, pero sin embargo, para efectos de la propia ley y de la autoridad administrativa, las concentraciones establecidas en las normas antes descritas constituían de todas maneras una norma de calidad. De suerte que cuando se dicta la primera norma de calidad primaria referida a MP10, el procedimiento comienza con una Resolución Exenta 492/1997 de la CONAMA que da inicio a un proceso de *revisión* de la norma, y no a la creación de una nueva. Esta revisión concluye con la dictación del DS 59/1998 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que entre otras disposiciones establece como máxima concentración de

MP10, 150 mg/m³N como concentración en 24 horas y establece una norma anual que se entenderá superada cuando más de 7 días en el año se supere la norma diaria.

Contra esa norma se presentó un Recurso de Reclamación, caratulado *Dougnac con Presidente de la República*, el que si bien tiene interesantes razonamientos, fue finalmente desechado, principalmente en aplicación de una lógica de deferencia técnica/política de los tribunales para con la Administración.

Esa es la norma que ha estado vigente desde entonces, salvo el breve período en que fue sustituida por el DS 20/2013 del Ministerio de Medio Ambiente, que fue producto de un nuevo proceso de revisión, iniciado el año 2010, que como modificación principal a la normativa previa, eliminaba la norma anual manteniendo solo la norma diaria en los mismos niveles anteriores. Este es, muy brevemente, el panorama previo a la dictación del fallo del 2TA sobre el asunto y la posterior confirmación de la Corte Suprema, que adhiere a los considerandos del 2TA y además agrega nuevos razonamientos.

Y la lógica de deferencia no cambió sola, pues fue acompañada de normativa que sostiene ese cambio. Lo resuelto finalmente por la Corte Suprema en el caso no es simplemente lo que algunos críticos llaman "activismo judicial"³, sino que tiene concordancia con una lógica de control del poder de la Administración que al menos en materia ambiental se hace evidente a partir de la expresa mención en el artículo 17º N° 1 de la Ley N° 20.600, pues en él se establece la posibilidad de reclamar contra una norma de calidad o emisión ante los Tribunales Ambientales, cuestión de suyo importante por cuanto dichos tribunales están creados en una lógica de especialización técnica que remueve ciertas barreras formales de la deferencia, así como por el hecho de que la existencia de una acción específica para el asunto permite superar algunas de las complejidades que en este caso tendría la alternativa contenciosa administrativa ad-hoc, que es el recurso de protección.

En el presente artículo comentaré principalmente algunos puntos del fallo de la Corte Suprema, pero ello inevitablemente hará referirme en diversas formas al fallo del 2TA. Para efectos de este análisis se han escogido algunos temas que, entre los muchos interesantes que un fallo como este aborda, harán referencia a (i) El concepto de perjuicio, (ii) Los estándares procedimentales, y (iii) La motivación y la fundamentación de normas ambientales.

3 El concepto de activismo judicial tiene algún grado de aceptación en círculos académicos, pero en Chile ha sido especialmente utilizado y popularizado en los últimos años, culminando con el libro "*Activismo Judicial en Chile, ¿hacia un gobierno de los jueces?*". GARCÍA, José Francisco; VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, 2013.

II. El concepto de perjuicio en materia ambiental: legitimación activa y bien público

Los reclamantes en la causa de autos caían en dos categorías distintas, (i) personas naturales y (ii) Municipalidades. El CDE, entre sus defensas, puso énfasis en la falta de legitimación activa de ambas, señalando en el caso de las personas naturales que no había perjuicios, y en el caso de las Municipalidades que no tenían titularidad de la acción⁴. Aceptada la legitimación de las personas naturales en el 2TA, el CDE denuncia ese hecho como una supuesta infracción al artículo 50º de la Ley Nº 19.300⁵.

La Corte Suprema rechaza esta alegación y sobre el concepto de perjuicio señala que;

“NOVENO: Que si bien tradicionalmente se ha entendido que la exigencia de perjuicio implica aludir a un detrimento de naturaleza patrimonial, dicha noción propia del Derecho Civil no parece ser la más adecuada para discernir la legitimación activa de quienes pretenden cuestionar la legalidad de disposiciones reglamentarias que son normas primarias y secundarias de calidad ambiental o normas de emisión.

En efecto, circunscribir el interés legitimante al mero ámbito patrimonial no se condice con la naturaleza de las referidas normas ambientales, que por definición legal son aquellas que establecen 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; o un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza; o que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en su efluente, según se aprecia de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley Nº 19.300.

4 De la experiencia de litigar contra el Estado en cuestiones relacionadas con el derecho a vivir en un medio ambiente sano, se advierte que una de las principales defensas, en todos los casos, es cuestionar la legitimación activa para demandar. Si bien esta estrategia es válida desde el punto de vista de los litigantes, no puedo dejar de hacer mención de lo ilegítimo que parece que el Estado intente defender la legalidad de sus actos mediante la negación del derecho a la acción de quien se encuentre ejerciendo la misma, cuestión que de acogerse en cualquier caso solo asegura una inmunidad del acto administrativo que es otorgada por el mero hecho de no revisarlo. Se esperaría del Estado que, por una parte reconociera ampliamente el carácter colectivo del derecho a vivir en un medio ambiente sano, y por otra quisiera defender en el fondo la legalidad de sus actos.

5 Artículo 50.- Estos 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. El plazo para interponer el reclamo será de treinta días, contado desde la fecha de publicación del decreto en el Diario Oficial o, desde la fecha de su aplicación, tratándose de las regulaciones especiales para casos de emergencia. La interposición del reclamo no suspenderá en caso alguno los efectos del acto impugnado.

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”.

“DÉCIMO: Que las anteriores conclusiones son abonadas por doctrina especializada que ha dicho: “(...) Como se aprecia, no se trata de una acción popular, toda vez que el requisito excluyente será el perjuicio que debe irrogar el DS. Sin embargo, ello requiere una explicación mayor, como a continuación se demuestra.

La interpretación tradicional conduce a estimar que el DS que causa perjuicio es aquél que ha supuesto un detrimento patrimonial o personal al demandante. Ello será fácilmente impugnabile respecto de los DS que aprueban planes de prevención o descontaminación, así como los que contienen normas de emisión. Estos podrán suponer un menoscabo económico, dados los mayores costos que pueden importar las obligaciones que imponen los primeros, o los niveles de emisión que introducen las normas de calidad ambiental, que no obligan directamente a los administrados, y de las declaraciones de zonas latentes o saturadas, que son sólo el paso previo para la dictación de planes de prevención y descontaminación. En efecto, en estos dos casos los DS contienen disposiciones que interesan a toda la ciudadanía, pero que por lo general no podrán causarle un perjuicio a una persona determinada, al menos en el sentido tradicional de la palabra, es decir un menoscabo o pérdida en su integridad o patrimonio. Hasta aquí puede apreciarse una deficiencia de la norma, aún bajo una interpretación tradicional de la expresión “perjuicio”.

Sin embargo, será evidente que si el DS fija, por ejemplo, un estándar para material particulado MP10 ó 2,5 que supera, 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 (por lo pronto, niños y ancianos que por problemas respiratorios llenan los hospitales durante los meses de invierno). En consecuencia, el perjuicio exigido no puede asimilarse al requisito general que se necesita para la procedencia de las acciones de responsabilidad civil. Por el contrario, 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, que fija una zona saturada o latente y no otra, o que se basa en antecedentes incorrectos o de errónea metodología, etc. Tal

es la interpretación que condice un Effetutile de la acción contenciosa administrativa de los artículos 50 LBGMA y 17 N° 1 y 18 N° 1 LTTA. De otra manera, se perdería de vista el carácter colectivo que tiene el medio ambiente y la protección ambiental, lo que incluye la posibilidad de acceder a la jurisdicción ambiental.” (JORGE BERMÚDEZ SOTO, Fundamentos de Derecho Ambiental; 2ª Edición; Ediciones Universitarias de Valparaíso (2015); p. 529)”⁶.

Las cuestiones sobre legitimación activa en materia ambiental han sido tradicionalmente muy contenciosas y en especial se han vuelto contenciosas a propósito de la creación de los Tribunales Ambientales y con ello de nuevas acciones y una nueva sede donde recurrir, que abarca acciones de daño ambiental, reclamaciones judiciales contra actos administrativos de efecto particular y de efecto general.

En cada uno de los casos, la ley, temerosa de reconocer la verdadera naturaleza colectiva del medio ambiente, ha creado categorías de legitimados activos que intentan desnaturalizar acciones que por el bien jurídico protegido debieran ser siempre de naturaleza popular. Sin perjuicio de ello, en la aplicación casuística de estas normas los tribunales siempre se encuentran en una posición muy complicada, pues deben hacerse cargo de estos incómodos intentos de disminuir el acceso a la justicia. En el caso de análisis, apoyados además en una doctrina que precisamente tomó como ejemplo la Norma de MP10 chilena, la Corte encuentra una salida adecuada que sin reconocer una acción popular, se acerca bastante a ello.

Sin perjuicio de lo anterior, el 2TA desestima una interpretación hecha por la Corte de Apelaciones de Santiago en un juicio anterior en contra de la norma de calidad de MP10, a la que se hizo referencia anteriormente, con un argumento que no resulta del todo convincente.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago había señalado en este respecto:

“9º Que en lo que al perjuicio se refiere, 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. Lo anterior se aviene a dos ideas: la primera, está referida a un principio general de nuestra legislación en el sentido de que no existe nulidad si esta no causa un

6 Corte Suprema. Rol N° 1.119-2015. Fernando Dougnac y otros con Ministerio del Medio Ambiente. 30 de Septiembre de 2015. Considerandos Noveno y Décimo.

perjuicio. De ello se colige que no existe nulidad por la sola pureza de la aplicación de las normas, sino que necesariamente debe causar un perjuicio. La segunda, está íntimamente ligada con la materia de que trata el decreto supremo impugnado, cual es determinar cuál será la calidad de aire que respiraremos todos los ciudadanos del país. 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 si pasado los niveles de aceptación, qué medidas han de adoptarse para que cese la transgresión de ese límite. Se entra de este modo en un tema total y absolutamente opinable. Habrá buenas razones para fijar este límite en uno más alto o más bajo, según el punto de vista que se adopte. Para quienes están del lado del desarrollo económico sostienen una postura de establecer un nivel más alto para permitirlo, puesto que de lo contrario se hace muy oneroso el desarrollo de la industria. Y para los que están más proclive a la calidad de vida, argumentarán que de qué sirve el desarrollo si se tiene una pésima calidad de vida que nos llevará necesariamente a una muerte temprana.

10º Que de esta manera, el perjuicio al 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 cómo ésta habrá de ser mitigada”⁷.

El 2TA comenta sobre esta sentencia, en su Considerando 17º que,

“(…) A juicio de este Tribunal, dicho criterio -del perjuicio meramente “normativo”, por nombrarlo de algún modo-, no se condice con los argumentos y razones que se han elaborado más arriba, a la luz de las competencias que asigna la Ley N° 20.600 a la jurisdicción ambiental. 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 solo. Podría pensarse que con ellos se amplía la legitimación activa al eliminar en la práctica la necesidad de invocar un “perjuicio”. Sin embargo, quien no prueba que hubo un vicio de procedimiento, no sería legitimado activo, conclusión que no parece razonable”⁸.

7 Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 2.185-2001. Fernando Dougnac Rodríguez con Presidente de la República. 16 de agosto de 2005. Considerandos Noveno y Décimo.

8 Segundo Tribunal Ambiental. Rol N° 22-2014. Fernando Dougnac Rodríguez y otros con Ministerio del Medio Ambiente. 16 de diciembre de 2014. Considerando Decimoséptimo.

No parece tan clara esta argumentación. Si bien es cierto que en el perjuicio normativo podría significar una confusión entre ilegalidad y perjuicio, no es menos cierto que la ilegalidad produce en sí misma un perjuicio. Ello no debiera significar que sea la única manera de probar un perjuicio, pero sí que en cualquier caso de ilegalidad se verifique este sin más. Así entonces, pareciera conciliable la interpretación de la Corte Suprema en este caso, con la que diera la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso antes señalado. Habrá perjuicio y legitimación activa sea que exista un interés legítimo, sea que exista una ilegalidad, en cuanto el respeto de la legalidad es sin dudas un interés legítimo, generalmente difuso.

Ahora bien, en lo que respecta a las Municipalidades, si bien resulta claro de las interpretaciones anteriores que también debieran ser reconocidas como legitimadas activas en el procedimiento en cuestión, la manera en que ello fue realizado por la Corte Suprema produce ciertas dudas, por lo intrincado que resulta el argumento al intentar no extender esta interpretación a otros procedimientos.

“(…) En el presente caso la situación es diversa dado el tipo de normas que son impugnadas mediante el reclamo, el cual tiene relación respecto a normas generales de calidad ambiental, por ello y porque se trata precisamente de normas de naturaleza de general aplicación que conciernen a la comunidad social toda es que resulta válido aplicar el criterio del interés legítimo antes indicado para aceptar la legitimación activa de las municipalidades, pero sólo en cuanto a este tipo de actos, pues aquí se justifica, dado el impacto para toda la comunidad”⁹.

A pesar de que no queda clara la razón, finalmente lo que señala la Corte Suprema es que mientras en otros casos las Municipalidades no pueden ser consideradas legitimadas activas, en este sí por el tipo de norma contra la que se reclama y su alcance general. Huelga señalar que con los mismos argumentos esgrimidos por las Municipalidades en este caso, ellas deberían ser consideradas legitimadas activas en cualquier otro caso en que se busque la mayor protección del medio ambiente¹⁰.

9 Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Duodécimo.

10 En efecto, en lo sustantivo, el fallo del 2TA no hace mención expresa a las razones por las cuales se tiene a las municipalidades como legitimadas activas, siendo que se apoya en que ellas serían municipalidades de zonas saturadas y latentes y citando las razones invocadas por la I. Municipalidad de Tocopilla, que son aquellas referidas a las obligaciones municipales de satisfacer las necesidades de la comunidad local (en Considerandos Decimotavo y Decimonoveno).

III. Sobre los estándares procedimentales: la mejora regulatoria

La discusión sobre estándares procedimentales es una de las que parece más interesantes, aunque la Corte Suprema no la analice por considerar que no influye en lo dispositivo del fallo¹¹. Aunque es cierto que el fallo del 2TA es tan contundente que se sostiene sin necesidad del análisis de procedimiento, no es menos cierta la relevancia que tiene el control intenso de expediente que realiza el 2TA y la manera en que juzga que los pasos del procedimiento fueron llevados a cabo por la Administración en el caso, cuestión que a mi juicio sí tiene un correlato en lo dispositivo del fallo, en cuanto se estima que el procedimiento es llevado a cabo de una manera desprolija y con la sola intención de dar un cumplimiento formal a la ley, sin consideración de los valores de fondo que el procedimiento de creación de normas de calidad está resguardando.

El procedimiento tiene una trascendencia innegable en cuanto funciona como un límite a la discrecionalidad de la administración y por lo tanto es también una garantía para evitar la arbitrariedad. En palabras de García de Enterría y Fernández, “*el procedimiento constituye un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria*”¹². Para agregar que “*se intenta obligar a la Administración a un esfuerzo especial de atención ante la gravedad que supone la creación de un nuevo derecho*”¹³. Ahora bien, en el derecho español, como en la mayoría del derecho administrativo moderno, existen procedimientos de creación de normas que son de aplicación general para el uso de la potestad reglamentaria de la Administración, cuestión que en nuestro derecho lamentablemente no es la norma general.

Importante además en el caso, porque al confirmarse la sentencia del 2TA se reafirma también la lógica utilizada por este tribunal para analizar dicho procedimiento, lógica que se acerca a los estándares procedimentales de creación de regulación que son impulsados por organismos internacionales, y en especial por la OCDE, como se verá.

Las “Recomendaciones del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria”¹⁴ de la OCDE, fija 12 principios para la creación de regulación, siendo al menos 4 de ellos relacionados directamente con el procedimiento de creación de regulaciones y atinentes a este caso;

11 Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Vigésimo cuarto.

12 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. 13ª edición. Madrid: Thomson Reuters, 2013. P.222.

13 Ibid.

14 OCDE. “Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance”, 2012, disponible en <http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/49990817.pdf> [última vista, 12 de noviembre de 2015].

a) La (i) participación ciudadana efectiva y la (ii) transparencia, dentro de lo cual se considera:

- Buscar activamente la participación de los ciudadanos y todas las personas relacionadas al tema que pudieran tener interés en él,
- Hacer consultas de manera que se maximice la cantidad de personas e información recibidas,
- Poner a disposición de los ciudadanos material relevante para la revisión de la norma en comento,
- Mantener regulaciones e instrumentos de acceso fácil para los ciudadanos.

b) (iii) Integración de análisis de impacto regulatorio:

- Hacer análisis ex ante de los efectos de una determinada regulación, incluyendo un análisis de costo/beneficio,
- Identificar necesidades que se quieren cubrir con la regulación que se analiza,
- Establecer los costos y beneficios de manera cuantitativa si es posible y dar una descripción cualitativa de los mismos, además de señalar su distribución,
- Que el análisis de impacto sea público para la participación ciudadana.

c) Tener (iv) sistemas de control efectivo para revisar la legalidad y la justicia procedimental de las regulaciones, asegurándose de que la industria y los ciudadanos tengan acceso a dichos sistemas.

Una de las cosas interesantes en el caso de análisis es el hecho de que las normas de calidad son uno de los pocos asuntos en que la creación de una regulación se encuentra reglada en detalle, en este caso mediante el DS 93/1995 MINSEGPRES, que es el "Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión". Este reglamento es una de las escasas normas en Chile que reglamenta el procedimiento de creación de regulación administrativa y que, en este caso, impone interesantes requisitos y pasos procedimentales, vinculados a estándares internacionales.

A continuación, se revisarán el reglamento en cuestión y lo resuelto por 2TA a propósito del caso de autos, en atención a los principios OCDE antes descritos.

a) Participación ciudadana y transparencia

Establece el DS 93/1995 en su artículo 20 que *"Dentro del plazo de sesenta días, contado desde la publicación en el Diario Oficial de la resolución señalada en el artículo 17 de este reglamento, cualquier persona, natural o jurídica, podrá formular observaciones al contenido del anteproyecto de norma"*, señalando luego el artículo 21 solo una obligación para la Administración de *considerar* dichas observaciones a la hora de dictar la norma definitiva. Así formulada la norma, pareciera no ponerse ninguna obligación mayor a la Administración, pero mucho agua ha corrido bajo el puente desde que en 1995 se fijara ese mínimo.

Sin considerar la discusión académica sobre la participación ciudadana, ni los tratados internacionales que la reconocen como derecho, sino que solo desde un punto de vista normativo, un cambio importante en la manera que el Estado se relaciona con los ciudadanos ocurre a partir de la Ley N° 20.500, dictada el año 2010, que además de establecer una serie de modificaciones legales y de crear organismos más o menos útiles para dar cabida a la participación ciudadana, reconoce por primera vez y de manera amplia un derecho a la participación, cuestión que es sin duda un paso importante en esta materia. En seguida, además, varios instructivos presidenciales se han referido al tema relevándolo como obligación fundamental de los organismos del Estado¹⁵.

Analizando el procedimiento llevado a cabo por la Administración en el caso de autos, el 2TA señaló en su considerando 33º que:

"La participación de la ciudadanía, en general, fue prácticamente nula, la que pudo verse afectada por la segunda prórroga y la dificultad de hacer seguimiento en regla del procedimiento. Por otro lado, a pesar de los esfuerzos formales del MMA en dirección a la consulta pública, 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, siendo el Ministerio el único que puede impulsar dicha participación, como se desprende de la normativa aplicable en su conjunto, así como también de lo dispuesto en el artículo 70 letra t)

15 Al menos se han referido al asunto los Instructivos Presidenciales N° 008/2008, 002/2011 y 007/2014.

de la Ley N° 19.300, que dispone: "Corresponderá especialmente al Ministerio: t) Generar y recopilar la información técnica y científica precisa, para la prevención de la contaminación y la calidad ambiental, en particular, lo referente a la tecnología, la producción, gestión y transferencia de residuos, la contaminación atmosférica y el impacto ambiental". Por su parte, los informes incorporados en el expediente aparecen ubicados aleatoriamente y no siguen un orden cronológico u otro que sea comprensible para un revisor que no haya participado en el proceso".

El 2TA toma nota del avance en materia de participación ciudadana en cuestiones ambientales, no haciendo alusión a las normas previamente señaladas, sino que siendo aún más certero en su análisis, que lo centra en la propia creación del Ministerio de Medio Ambiente y las obligaciones que a este nuevo organismo público se le establecen. Ahora bien, el 2TA no alcanza a considerar como ilegal la falta de proactividad del Ministerio de Medio Ambiente, sino que vincula la escasa participación a una consecuencia de la violación de lo dispuesto en el artículo 7º del DS 83/1995, en el sentido de no llevar un expediente suficientemente ordenado.

Hace, por último, una alusión muy interesante a la conflictividad y la participación ciudadana, cuando expresa en su considerando 49º que "[S]in duda que una norma de calidad ambiental con participación efectiva, hace más improbable que luego ésta sea posteriormente cuestionada"¹⁶.

b) Integración del análisis impacto regulatorio

Es posible definir el análisis de impacto regulatorio como un "proceso de identificación y evaluación sistemática de los efectos esperados con una propuesta regulatoria, usando un método analítico consistente, como el análisis de costo/beneficio"¹⁷. En el caso de análisis, si bien no se ve incluido este análisis en la manera en que las guías de la OCDE lo promueven, sí se encuentra de alguna manera considerada a propósito de la obligación de estudios de impactos económicos y sociales señalada en los artículos 15 y 16 del DS 93/1995.

Así las cosas, respecto de esos informes, que en general en estos procedimientos son llamados AGIES (Análisis General de Impactos Económicos y Sociales), hubo cierto nivel de discusión tanto en el 2TA como en la Corte Suprema. Es menester considerar que el valor

16 Segundo Tribunal Ambiental. Cit. ant. (8). Considerando Cuadragésimonoveno.

17 OCDE. *Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)* [en línea]. Octubre de 2008 [última visita: 12 de octubre de 2015]. P.3. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>.

y relevancia de estos informes no está expresamente considerado en la norma, no siendo por lo tanto obligatorio que la decisión de la Administración siga una lógica puramente economicista a propósito de la toma de decisión regulatoria. Ello sin embargo, no obsta el hecho de que existiendo esta información específica sobre el tema en análisis, tenga que ser tomada en cuenta y deba formar parte de la motivación del acto. En definitiva, el AGIES funciona como un informe contra el cual contrastar la decisión de la Administración, a objeto de hacer un escrutinio sobre la razonabilidad y proporcionalidad en la regulación que se dicte.

A una conclusión similar sobre el valor de los estudios económicos y sociales arriba el 2TA, al señalar en el Considerando 43º:

“Que, al exigir, tanto la Ley N° 19.300 como el Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión, estudios económicos y sociales como parte esencial de la fundamentación, la Administración adoptó, entre otras alternativas posibles, aquella que otorga un énfasis relevante a la consideración de la rentabilidad económica y social, sin impedir, naturalmente, la utilización adicional de otros argumentos”.

Lo interesante de esto, es precisamente el hecho de que se considere la necesidad que la Administración, al tomar su decisión final, la fundamente adecuadamente en el mérito de los informes o en los antecedentes de los que disponga para desechar esos informes. En el caso de autos, un énfasis que hace el 2TA en sus Considerandos 43 y 44 es precisamente a que si bien en los informes queda de manifiesto que las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁸ para el establecimiento de normas de MP10 representan valores mucho más bajos de los aprobados por la normativa chilena, ellos no son tenidos en cuenta de manera expresa, ni desechados por ninguna consideración válida en el procedimiento de creación de la norma.

Una vez en juicio, el Ministerio de Medio Ambiente intenta salvar esta omisión señalando que la propia OMS establece que los gobiernos deben fijar sus normas estudiando las condiciones locales. Asertivamente, el 2TA señala sobre ello, en la última parte del Considerando 44º que: *“Sin embargo, a juicio de este Tribunal, esta última defensa del MMA,*

18 La Organización Mundial de la Salud recomienda límites de 20/ugm3 como norma promedio anual y 50/ugm3 como norma promedio para 24 horas. En: OMS. *Guías de calidad del aire de la OMS relativas al material particulado, el ozono, el dióxido de nitrógeno y el dióxido de azufre* [en línea]. Suiza: 2005, [última vista: 12 de noviembre de 2015]. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/69478/1/WHO_SDE_PHE_OEH_06.02_spa.pdf.

que no consta en el expediente, es insuficiente para justificar la decisión adoptada, pues no identifica ni desarrolla cuáles son “las condiciones locales” que la sustentarían”¹⁹.

Esta mención, aunque breve, es de total significancia en la tramitación de regulaciones, pues establece dos obligaciones procedimentales que apuntan en la dirección correcta, al permitir a la ciudadanía disponer de la información relevante sobre la dictación de normas que podrían afectarlos. La primera es la obligación para la Administración de ser razonable en su toma de decisiones, incorporando realmente los antecedentes de los que dispone y no simplemente recabando esos antecedentes como manera de cumplir formalmente con la norma.

La segunda, es la necesidad de la Administración de fundamentar su decisión al momento de tomarla y no de manera posterior una vez enfrentada a un reclamo judicial. Esta mención parece insignificante pero es absolutamente trascendental, pues fuerza a la Administración a pensar en la regulación que está tomando y en las alternativas posibles, cuestión que en muchos casos pareciera no ocurrir, siendo la toma de decisiones regulatorias una caja negra en que los argumentos se construyen a posteriori, a propósito de las críticas o desafíos que la norma pueda enfrentar.

c) Sistema de revisión judicial

A este tema es probablemente al que más se refiere el fallo de la Corte Suprema, pues es precisamente éste el que evalúa la intensidad de la revisión del 2TA y la valida, reforzando con ello la garantía de acceso a la justicia en estos casos.

En este acápite de la casación, lo reclamado por el CDE es el hecho de que el 2TA habría sido muy intrusivo en su revisión, especialmente por cuanto éste habría cuestionado estándares técnicos y no solamente el fundamento legal o procedimental del DS 20/2013, sobrepasando con ello los límites de sus funciones, cuestión que es desechada por la Corte Suprema señalando que *“la sentencia recurrida no ha hecho un control de mérito, sino un control de motivación del acto administrativo cuestionado”²⁰.*

Lo hecho por el 2TA y lo expuesto por la Corte Suprema transita en dos variables que son importantes a propósito del acceso de las personas a un sistema de revisión judicial de la regulación. Por una parte, se avanza en definir los límites a las potestades de los

19 Segundo Tribunal Ambiental. Cit. ant. (8). Considerando Cuadragésimo cuarto.

20 Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Vigésimotercero.

Tribunales Ambientales para la revisión de estas normas, y en una segunda línea se abunda en la distinción entre motivación y mérito, a propósito del nivel de escrutinio al que es sometido el DS 20/2013 por parte del 2TA.

La doctrina tradicionalmente reconoce una distinción entre el control de legalidad y el control de mérito, existiendo una controversia sobre si los Tribunales pueden ejercer el segundo, y habiendo un relativo acuerdo en que pueden ejercer el primero²¹. El límite entre esos dos mundos de discrecionalidad está, entre otras distinciones, en la diferencia entre motivación y mérito, en el sentido de que el primero sería siempre revisable y el segundo es discutible.

Por lo mismo, la distinción entre motivación y mérito no es sencilla, pues mientras la motivación sería, como señala Gordillo, una "*declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación [de un acto administrativo], o sea, los motivos o presupuestos del acto; constituye, por lo tanto, la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad*"²², o en palabras de García de Enterría, "[E]s un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional; por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión"²³. El mérito en tanto, dice relación con la conveniencia o no del acto administrativo, con el hecho de considerar ese acto administrativo como un acto positivo. La proscripción de revisión del mérito de un acto tiene entonces por objetivo evitar que sea el juez quien determine si un acto administrativo en particular es una "buena decisión", pues ello permitiría al juez tomar decisiones de política pública que no le corresponden.

Es evidente lo cercano que ambos conceptos están, pues la motivación del acto, que tiene que ver con la apreciación de los antecedentes, es finalmente también la razón por la que se dicta un determinado acto y en ese sentido la manera en que se aprecien los antecedentes puede llevar a diferentes actos posibles, en términos que juzgar una motivación como insuficiente o defectuosa puede también ser el resultado de juzgar un

21 SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén. "*Discrecionalidad Administrativa*". Santiago: Abeledo Perrot, 2011. P. 77-81.

22 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 8. 1ª edición. Buenos Aires: FDA, 2013. P. 351.

23 GARCÍA DE ENTERRÍA. Cit. ant. (12). P. 571.

acto como no conveniente. La línea es delgada entre el hecho de que el juez aprecie los hechos fundantes y crea que la conclusión debida es una diferente a la dada en el acto administrativo (en cuyo caso estaría juzgando la motivación) y el que simplemente observe el acto como inconveniente y a partir de eso señale que la motivación es insuficiente (caso en el cual estaría juzgando el mérito).

LA CS señala en este sentido que:

“DÉCIMO SEXTO: Que de acuerdo con la jurisprudencia sentada por esta Corte –y que recoge una doctrina que ha gozado de general aceptación- la ilegalidad de un acto administrativo, que puede acarrear su anulación, puede referirse a la ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, defectos de forma, desviación de poder, ilegalidad en cuanto a los motivos y violación de la ley de fondo aplicable. (...) como todos los elementos del acto, puede ser objeto de control por el juez. Dicho control puede referirse a motivos legales, cuando la norma exige la existencia de determinados motivos para la dictación del acto administrativo; pero también puede referirse a los actos de contenido discrecional”.

“[T]ratándose de la discrecionalidad administrativa, esto es, cuando la norma no le impone una determinada conducta a la Administración, el control de los motivos puede referirse tanto a la verificación de la existencia de los motivos invocados por la autoridad, como a la calificación jurídica de los mismos. Es por ello que según la importancia y la complejidad del acto administrativo, los motivos deben explicitarse mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera de verificar su existencia. El juez puede en ciertos casos además, 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. (Pedro Pierry. El Control de la discrecionalidad administrativa en Revista Chilena de Derecho, Vol. II N°s 2 y 3. Mayo- Diciembre 1984. Pág. 479 y siguientes). Este aspecto cobra mayor relevancia tratándose de actos que suprimen exigencias de naturaleza ambiental contenida en actos anteriores”²⁴.

La intensidad de la revisión del juez es, por último, magnificada por la Corte Suprema cuando se trata de actos que suprimen exigencias ambientales existentes, cuestión del todo coincidente con los principios de Derecho Ambiental, como se verá en el punto siguiente.

24 Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Decimosexto.

IV. El Principio de No Regresión en materia ambiental y el estándar de motivación del acto regresivo

El principio de no regresión en materia ambiental es un principio que tiene por objetivo evitar que una vez que un Estado ha avanzado en la protección de este derecho, puede mediante actos simples volver sobre sus pasos y desproteger a las personas y el medio ambiente. En este sentido, ha manifestado el profesor Bermúdez, para quien el progresivo deterioro ambiental, conjuntamente con el hecho de que la regulación ambiental sea un tema de justicia intergeneracional, son razones que “[P]onen en entredicho a la mutabilidad del Derecho Ambiental en su sentido u orientación. Yes que la aplicación irrestricta del principio “ley posterior deroga a la anterior” no sólo afecta a la insuficiencia regulatoria actual, sino también a las generaciones futuras, permitiendo eliminar los hitos o logros de la protección ecológica”²⁵.

El fallo en comentario no señala expresamente la aplicación del principio, pero de la lectura atenta de los considerandos se desprende claramente su influencia. En el caso del fallo del 2TA por su parte, donde actúa con aún mayor fuerza, sólo se hace una mención menor al principio, en términos que:

“[E]l procedimiento no revela la prolijidad que debe tener el proceso de revisión de una norma tan relevante para el país como ha sido la de MP10. El proceso tomó un tiempo exageradamente largo, cuya explicación no se haya suficientemente fundada en el expediente. Hubo dos prórrogas y la segunda de ellas en directa contravención al Reglamento que permitía sólo una. La exigencia de revisión -de a lo menos cada 5 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”²⁶.

La razón de ser de este principio y la necesidad de aplicarlo es evidente. La protección del medio ambiente ha estado en general, y en nuestro país en particular, supeditada a la idea de no perder nuestro modo de vida y por lo tanto a que ella se haga de manera gradual, permitiendo a las diferentes fuentes de contaminación adaptarse a exigencias nuevas que tengan por objetivo disminuir el daño que provocan. Así lo reconoce el propio mensaje de la Ley N° 19.300, cuando se refiere al principio de gradualismo, en términos que:

25 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. 2ª edición, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2014. P.57.

26 Segundo Tribunal Ambiental. Cit. ant. (8). Considerando Decimosexto.

*"El proyecto no pretende exigir de un día para otro los estándares ambientales más exigentes, ni someter a todas las actividades del país, sin importar su tamaño, a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Tampoco pretende contener todas las disposiciones ambientales que es necesario crear. Muy por el contrario, la intención es comenzar efectivamente un proceso de regulación ambiental del cual este es el primer paso, pero quedando todavía muchos por hacer"*²⁷.

El hecho de que la protección y satisfacción de este derecho fundamental sea gradual y progresiva requiere por lo tanto de un seguro que permita que ese crecimiento en los niveles de protección sea estable y creíble. Como señala Bermúdez en este sentido, *"esta irreversibilidad es la que protege al ambiente de su regulación, asegurando los fines de su mutabilidad o, en otros términos, que su modificación, derogación e interpretación sea realizada para su resguardo y no para revertir su tutela"*²⁸.

Haciendo eco de esta lógica, el TA en su Considerando 80° (citado por el Considerando 20° de la Corte Suprema), señala que:

*"Que, luego de revisados la totalidad de los argumentos planteados por los reclamantes, 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; y, en particular, a menos que nos encontremos ante una situación excepcionalísima, deberá existir una estricta correlación que garantice que la derogación ha sido o será compensada con la generación o creación de otra norma, que supondrá mejores y más elevados estándares"*²⁹.

La Corte Suprema refuerza ese argumento, explicando los grados de motivación de los actos y señalando que existen diversos grados exigibles de motivación a los actos administrativos, siendo 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*

27 REPÚBLICA DE CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.300. Chile. 1994. P.16.

28 BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Cit. ant. (25). P. 58.

29 Segundo Tribunal Ambiental. Cit. ant. (8). Considerando Vigésimo.

*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"*³⁰.

Analizando el fallo, el profesor Luis Cordero considera que la decisión es de política pública y que por lo tanto una de las dudas en este caso era si podían los jueces controlar esa decisión. Se produce una confusión, sin embargo, cuando luego de preguntarse lo señalado anteriormente, considera que este caso es un típico caso de deferencia a experto³¹. Dicha confusión es comprensible, pues precisamente no hay claridad sobre si la dictación de esta norma es una cuestión de discrecionalidad de política pública o de discrecionalidad técnica³², siendo que probablemente se encuentra en un estado intermedio que podríamos llamar de discrecionalidad mixta, cosa que tiene una gran importancia a la hora de revisar la fundamentación o motivación del acto y la manera en que los jueces llegan a anularla, tal como se explicó previamente.

Además Cordero observa las consecuencias que podría tener el fallo, criticando que:

*"Para la Corte exigir un estándar de motivación de este tipo no es involucrarse en una cuestión de política pública, sino sencillamente verificar el cumplimiento de una exigencia normativa para los actos administrativos. Sin embargo, esa afirmación puede relativizarse. Mover los estándares de motivación de un acto administrativo como lo hace el caso MP10 implica inevitablemente pronunciarse sobre el razonamiento sustantivo utilizado por la Administración para decidir sus políticas públicas. Cuando esto se produce, los jueces valoran directamente los hechos y con ello la deferencia con la cual se defiende la Administración, desaparece progresivamente"*³³.

Ahora bien, a pesar de lo que señala el profesor Cordero, las posibles consecuencias parecen estar circunscritas a materias de regresión en protección ambiental. Lo trascendente es que las políticas públicas están limitadas por los derechos fundamentales, y en el caso

30 Corte Suprema. Cit. ant. (6). Considerando Vigésimo.

31 CORDERO VEGA, Luis. "Especial Motivación del acto administrativo: un caso de restrictiva regresión" [en línea]. *El Mercurio Legal*. 28 de octubre de 2015. P.2 y 3. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2015/10/28...ivacion-del-acto-administrativo-un-caso-de-restrictiva-regresion.aspx>

32 El propio profesor Cordero divide la discrecionalidad en estas dos categorías, (i) De política pública y (ii) técnica, explicando que mientras una reconoce márgenes más grandes de decisión a las autoridades, la segunda "ocurre cuando el sistema legal reconoce a favor de un organismo administrativo un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de un saber profesional". En: CORDERO VEGA, Luis. *"Lecciones de Derecho Administrativo"*. Santiago: Thomson Reuters, 2015. P.85.

33 CORDERO VEGA, Luis. Cit. ant. (31). P. 2 y 3.

del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como de otros derechos humanos de naturaleza progresiva, es inadmisibles que se vuelva atrás sin una motivación suficiente. Ensayando posibilidades, y por la naturaleza del derecho en cuestión, esas motivaciones podrían ser una reorganización normativa que lleve a un resultado de mayor protección, o una colisión de derechos progresivos que no sea posible de resolver por otra vía menos gravosa.

En cualquier otro caso, la política pública en cuestión no podría avanzar sin erosionar la satisfacción de ese derecho fundamental y por lo tanto la motivación será siempre insuficiente. La motivación en este tipo de actos tiene este estándar especialmente alto al que ha hecho mención la Corte Suprema, precisamente porque está proscrito que haya una decisión que lleve a la desprotección. No es el juez el que hace la evaluación del mérito, sino que la aplicación del principio hace que el mérito de un acto que es regresivo para con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación está pre configurado como inconveniente. Es por ello que la Administración tendrá que justificar de manera especial cómo es que los presupuestos objetivos del acto administrativo pueden llevar a ese resultado.

V. Conclusiones

El interés que ha suscitado el fallo MP10 está dado fundamentalmente por constituir uno de los pocos casos en que se ha recurrido en contra de actos de aplicación general dictados por la administración y por ser además la primera vez que tanto el Tribunal Ambiental como la Corte Suprema deciden que una norma de calidad debe ser anulada, merced de la reclamación de diferentes personas y Municipalidades.

Pero más allá de lo anecdótico, se ha visto que el fallo contiene cuestiones doctrinarias muy relevantes tanto para el derecho ambiental como para la regulación y el derecho administrativo. La reinterpretación del perjuicio en materia ambiental, reconociendo el carácter público del bien jurídico protegido es sin dudas un paso progresivo en favor de la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano, cuestión que también se ve potenciada por el reconocimiento y revalorización del principio de no regresión.

Por otra parte, el análisis hecho desde el marco de la mejora regulatoria permite observar cómo esta lógica ha ido, lentamente, permeando en nuestras instituciones. La mantención de este modelo para regular materias sensibles como la que fue revisada en los fallos comentados es sin dudas un avance para nuestra institucionalidad, la que a propósito del celo puesto en la revisión por parte del 2TA y la Corte Suprema se verá forzada a llevar a cabo mejores procedimientos para la dictación de regulaciones, lo que sin dudas llevará a tener mejor regulación.