CODEPROVAL
Corporación Para el Desarrollo de la Región de los Ríos

SEREMI DEL MEDIO AMBIENTE
CARLOS ANWANDTER N° 466
RUT: 61.979.930 - 5
OFICINA DE PARTES
02 AGO 2019 502

SBF

004792

Valdivia, 2 de agosto de 2019.

Ant.: (i) Expediente para elaboración de las "Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Valdivia". (ii) Solicitud presentada por CODEPROVAL con fecha 4 de junio de 2019.

Ref.: Solicita invalidar la Resolución Exenta N° 1.431, de 15 de diciembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de diciembre de 2017.

Señora
Carolina Schmidt
Ministra del Medio Ambiente
PRESENTE

De nuestra consideración:

- Con Fecha 4 de junio del 2019, como Corporación para el Desarrollo de la Región de Los Ríos ("**Codeproval**"), ingresamos una solicitud de invalidación en contra de Resolución Exenta Nº 1.431, de fecha 15 de diciembre de 2017, publicada con fecha 22 de diciembre de 2017 en el Diario Oficial, que aprobó el anteproyecto de las normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del rio Valdivia.

- Con fecha 10 de junio del 2019, se sostuvo reunión entre el Diputado Bernardo Berger, Pablo Hoffmann y Alexia Camino en representación de Codeproval y personal del Ministerio del Medio Ambiente ("**MMA**"), en la cual se acordó realizar un trabajo colaborativo entre el sector público y privado, que consideraba un programa de vigilancia ambiental de calidad de las aguas de mayor frecuencia que lo propuesto actualmente por el anteproyecto de norma, con acento especial en las metodologías de muestreo por tramo, bajo la modalidad que el Ministerio de Medio Ambiente propusiera. Igualmente, se analizó el estado de tramitación de la Norma y el MMA informó a los representantes de Codeproval que durante el mes de julio de 2019 se daría respuesta a las consultas ciudadanas efectuadas en el proceso, y que como autoridad estaban disponibles a trabajar la metodología más adecuada para sistematizar la información que permita dictar finalmente una norma de calidad que asegure e identifique un claro objeto de protección, y establezca parámetros y límites normados que cumplan con la debida proporcionalidad.

- Con fecha 17 de junio del 2019, se ingresa carta, en la cual Codeproval solicita dejar sin efecto la solicitud de invalidación del proceso, desistiéndose de dicho procedimiento. Esta decisión

fue tomada analizando el resultado de reunión sostenida el día 10 de junio, en la cual se acordó realizar un trabajo colaborativo entre el sector público y privado, para avanzar en una revisión con mayor profundidad del anteproyecto, para así enmendar los vicios que a nuestro juicio este presenta.

- Con fecha 12 de julio del 2019, Codeproval ingresó carta en Secretaría Regional Ministerial de Medio Ambiente de la Región de Los Ríos, en la cual se consulta sobre fecha de reunión con equipo técnico y conocer propuesta de trabajo, en relación a los temas acordados en reunión de fecha 10 de junio del 2019.

- Con fecha 19 de julio del 2019 se emite carta Res. Exenta N° 0816 y recepcionada el día 26 de julio del presente año, en la cual el MMA indica que se acoge desistimiento de la Solicitud de Invalidación presentada por Codeproval el 4 de junio del 2019.

- A la fecha, no se ha recibido respuesta a las observaciones ciudadanas, no se ha recibido propuesta de trabajo conjunto de los temas abordados y acordados en reunión de 10 de junio, ni tampoco a la presentación de 12 de julio citada.

Dado lo anteriormente expuesto, y considerando la profunda preocupación que persiste respecto de este proceso normativo, y al no tener respuesta a ninguno de nuestros requerimientos y propuestas presentadas ante Usted, confirmamos nuestra convicción de que los vicios que adolece el referido anteproyecto no son subsanables durante el procedimiento de elaboración de la norma definitiva, por lo que nos hemos visto en la lamentable obligación de reingresar esta solicitud, lo que ha sido acordado por unanimidad por nuestro Directorio en sesión de 31 de julio del presente, y que se efectúa a través de este documento, en los términos que se indican a continuación:

I.- **Introducción**.

Codeproval es una corporación de derecho privado, sin fines de lucro, constituida por una variedad de empresas, gremios, instituciones y personas naturales de la Región de Los Ríos, relacionadas con todas las áreas productivas del sector privado y ramas de la economía. Su objeto principal es propender al desarrollo armónico, descentralizado y sustentable de toda la Región de Los Ríos, representando al sector privado ante las autoridades públicas y promoviendo la participación ciudadana y el consenso social en todos los ámbitos del quehacer local y regional, en la búsqueda permanente de mejorar la calidad de vida de todos los habitantes de la Región de Los Ríos.

Para cumplir a cabalidad con los fines antes señalados y tal como es de conocimiento del personal del MMA, nuestra Corporación ha sido un actor sumamente relevante durante todo el proceso de elaboración de las "Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Valdivia" ("**NSCA**"), en todas sus etapas. Nuestro interés en esta materia se ha fundado en que vemos con mucha preocupación el impacto económico y social que puede provocar una norma como la hoy propuesta, tanto en el desarrollo (actual y

futuro) de la Región de Los Ríos, como en particular a las personas que conforman dicha Corporación y a toda nuestra comunidad.

Tal como hemos señalado en reiteradas ocasiones, nos parece positivo y necesario que se regule adecuadamente la cuenca del río Valdivia a través de una norma de calidad ambiental. Sin embargo, lamentablemente el proceso en actual desarrollo vuelve a incurrir en vicios similares a aquellos indicados en las sentencias sobre la materia dictadas por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental con sede en Valdivia y la Excelentísima Corte Suprema de Justicia respecto del proceso regulatorio anterior (DS 1/2015 del MMA, que fuera anulado por dichas sentencias). Además, en el actual proceso iniciado en diciembre de 2017, no se ha cumplido con lo resuelto por los citados fallos. Lo que nos parece especialmente complejo.

Esta situación nos parece crítica, y así lo hemos hecho saber en diversas instancias a nivel regional y nacional, a través de presentaciones, reuniones y foros, sin que a la fecha hayamos podido avanzar en la dirección que, a nuestro parecer, es la correcta y adecuada para nuestra Región.

Así, en mérito de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 19.880, solicitamos respetuosamente invalidar la Resolución Exenta N° 1.431, de 15 de diciembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente ("**Resolución**") que aprueba el Anteproyecto de Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del río Valdivia, cuyo extracto fue publicado en el Diario Oficial de fecha 22 de diciembre de 2017 ("**Anteproyecto**"), en razón de los argumentos de hecho y de derecho que a continuación procedemos a exponer:

II.- Resumen de la solicitud.

A continuación, exponemos un breve resumen de esta presentación, indicando las razones que fundamenten nuestra solicitud:

- La anterior norma de calidad de aguas aprobada en noviembre de 2015 presentó serios y graves vicios, que fueron identificados y largamente desarrollados por el Tribunal Ambiental de Valdivia[1] y luego por la Corte Suprema[2], quienes resolvieron anular y ordenar rehacer la norma, entre otros, por adolecer de motivación suficiente como resultado de las **diversas deficiencias de los análisis generales del impacto económico social (AGIES).**

[1] Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2016 del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol R-25-2016, caratulada "Corporación para el Desarrollo de la Región de Los Ríos con Ministerio del Medio Ambiente".
[2] Sentencia de fecha 26 de julio de 2017, de la Excma. Corte Suprema, en causa Rol 83.344-2016.

- Sorprendentemente, en diciembre de 2017, se insistió en un Anteproyecto prácticamente idéntico a la norma anulada, con modificaciones mínimas, fundadas en una interpretación manifiestamente contraria a lo resuelto por los tribunales de justicia.
- Así, el Anteproyecto vuelve a presentar errores técnicos y deficiencias sustantivas en cuanto a su análisis de impacto social y económico; e insiste en incorporar parámetros y límites abiertamente desproporcionados. Para graficar esto último, solo basta considerar que varios límites propuestos en el Anteproyecto son varias veces más exigentes que la mayoría de los parámetros que se exige a la calidad del agua potable.
- Por otra parte, el Anteproyecto: i) no cuenta con un objeto claro y preciso de protección; ii) no considera los estudios técnicos más recientes de la cuenca que se busca proteger; y, iii) impone exigencias de tal nivel que, de aplicarse, serían imposibles de cumplir pues, para algunos parámetros, la calidad de las aguas sobrepasa esos valores incluso en sectores sin intervención humana. Esto determinará innecesaria e inevitablemente la declaración de zonas saturadas y, por ende, no se podrán ejecutar nuevos proyectos en la cuenca. Además, las actividades existentes correrán serio riesgo de no poder continuar su operación.
- En definitiva, de continuarse con el Anteproyecto propuesto, cuyos fundamentos y contenido son técnicamente injustificados y evidentemente ilegales, no solamente se incumplirá lo resuelto por los tribunales de justicia, sino que se pondrá en riesgo de forma irracional el desarrollo sustentable de la región, sin reales beneficios ambientales. Por ello, se debe proceder a invalidar la Resolución, retrotrayendo el proceso hasta la elaboración de un nuevo AGIES que fundamente adecuadamente un nuevo anteproyecto, que cumpla lo resuelto por los tribunales de justicia en la materia.

III.- **Contexto**.

1. El año 2015, el Ministerio del Medio Ambiente ("**Ministerio**"), mediante Decreto Supremo N° 1/2015, aprobó las Normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del río Valdivia, decreto que fue publicado en el Diario Oficial el 27 de noviembre de 2015 ("**D.S. N°1/2015**").

2. Ante la dictación del D.S. N°1/2015, en enero de 2016, nuestras representadas se vieron en la necesidad de impugnar la validez del Decreto ante los Tribunales Ambientales, pues entendieron que el establecimiento de límites muy exigentes y sin la debida justificación generaría injustos perjuicios en nuestras actividades, que se relacionan con el uso sustentable de la cuenca del río Valdivia.

3. Como es de público conocimiento, el Tribunal Ambiental de Valdivia acogió las reclamaciones de nuestras representadas, anulando el D.S. N°1/2015, entre otras consideraciones desarrolladas en el contenido del fallo, por falta de motivación del Análisis General de Impacto

Económico y Social ("**AGIES**"), circunstancia que a su vez impidió a dicho Tribunal pronunciarse respecto de la proporcionalidad de los parámetros y límites reglados. Así, ordenó al Ministerio retrotraer el proceso a partir de elaboración de un nuevo AGIES. Este fallo fue posteriormente confirmado por la Excma. Corte Suprema.

4. El interés de nuestras representadas en la presente solicitud se funda, por un lado, atendida su condición de futuras fuentes reguladas por el plan de descontaminación que devendría de dictarse las Normas Secundarias de Calidad Ambiental ("**NSCA**") para la cuenca del río Valdivia y a la afectación que ello implica, y por otro, en el interés general de requerir de la Administración, en su función regulatoria, ajustarse al ordenamiento jurídico y a lo sentenciado por los tribunales de justicia, procediendo a dictar un nuevo anteproyecto y elaborar un nuevo AGIES. En el caso de CODEPROVAL, este interés se funda además en su condición de corporación de derecho privado, sin fines de lucro, constituida por una variedad de empresas, gremios, instituciones y personas naturales de la Región de Los Ríos, relacionadas con todas las áreas productivas del sector privado y ramas de la economía. Específicamente, su interés se fundamenta en el impacto económico y social que puede provocar una norma como la propuesta, tanto en el desarrollo (actual y futuro) de la Región de Los Ríos, como en particular a las personas que conforman dicha Corporación y, en definitiva, a toda nuestra comunidad.

IV.- El nuevo Anteproyecto y su AGIES no cumplen con el estándar exigido por la ley y lo sentenciado por los tribunales.

5. Con posterioridad a encontrarse la sentencia aludida firme y ejecutoriada, a fines de 2017, el Ministerio decidió emitir la Resolución aprobando un Anteproyecto prácticamente idéntico a la norma anulada, lo que es totalmente contrario a Derecho por cuanto vulnera abiertamente lo resuelto por los tribunales de justicia, manteniendo los mismos vicios que motivaron su anulación. Por ello, la Resolución debe ser invalidada, para proceder a dictar un nuevo Anteproyecto que se ajuste a nuestro ordenamiento jurídico, contemplando una justificación técnica, científica y económica de la regulación de norma de calidad secundaria.

6. En lo que interesa a esta presentación, y sin perjuicio de lo que se señalará más adelante respecto del contenido del AGIES de 2017, entre otros, el Anteproyecto señala: *"Que, considerando que luego del exhaustivo análisis realizado por el Tercer Tribunal Ambiental de Chile y teniendo presente lo señalado en la sentencia en general y en el considerando sexagésimo segundo en particular, el único cuestionamiento realizado, al DS N° 1 del 14 de enero de 2015 del Ministerio de Medio Ambiente, respecto de la fundamentación y proporcionalidad del decreto reclamado en cuanto al objeto de protección ambiental, parámetros normados, niveles de calidad ambiental en relación a la proporción total/disuelto para el zinc en áreas de vigilancia del río Cruces. Por lo anterior el presente anteproyecto conserva en forma íntegra el objetivo de protección, ámbito de aplicación territorial, definiciones, niveles de calidad ambiental por áreas de*

vigilancia, cumplimiento y excedencias, Programa de Medición y control de calidad Ambiental del Agua, e informe de calidad establecido en el D.S. N° 1 del 14 de enero de 2015 del Ministerio del Medio Ambiente, exceptuándose el nivel de calidad ambiental para el zinc total en las áreas de vigilancia del río Cruces, de acuerdo a lo señalado en la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Chile" (énfasis agregado).

7. Como se detallará, **no es efectivo lo que se indica en el considerando transcrito**, ya que los tribunales efectuaron muy serios e indesmentibles cuestionamientos a los fundamentos del D.S. N°1/2015, que no fueron subsanados en el Anteproyecto, el que presenta las mismas deficiencias técnicas ambientales que conllevaron su anulación por parte del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental[3], cuyo fallo fue confirmado por la Excelentísima Corte Suprema[4]. Lo anterior es evidencia clara, categórica y suficiente para advertir la concurrencia de vicios esenciales de la Resolución, que no son susceptibles de subsanar, esto es, la falta de debida motivación y desviación de poder.

8. Esa errónea interpretación implicaría suponer que el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental y la propia Corte Suprema, habrían aplicado una decisión enormemente desproporcionada en relación con el bien jurídico a proteger, lo que evidentemente no resiste el menor análisis.

9. En efecto, el Anteproyecto persiste en una regulación alejada de una mínima razonabilidad y motivación, insistiendo en los mismos parámetros y límites contemplados en el decreto anulado.

10. Tampoco se vislumbra en los considerandos del Anteproyecto y en el respectivo AGIES que se cuente con los estudios y análisis que le permitan justificar los valores del decreto impugnado. En efecto, el AGIES del 2017 vuelve a centrarse en dar la misma explicación de la supuesta falta de metodologías de cuantificación y que jurídicamente el Ministerio no estaba obligado a utilizar el análisis costo - beneficio para la evaluación económica y social de la norma, lo que no es efectivo.

11. Es más, insiste en señalar -erróneamente, y también contradiciendo lo resuelto por los tribunales- que no existiría la obligación legal de que los beneficios de una NSCA superen los costos; en ese sentido, se limita a aseverar que se cumpliría con esa condición, sin dar mayor fundamento. Es más, reconoce incluso, al referirse a los beneficios en relación a las normas secundarias, que éstos *"no son cuantificables"*, lo que también contraviene sustantivamente lo resuelto por los tribunales de justicia. Es más, lo anterior demuestra que:

a) No existe o no se aplicó una metodología comprobada para determinar los posibles beneficios de la norma;

[3] Sentencia del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia (Rol R-25-2016, 29/09/2016).
[4] Sentencia de la Corte Suprema (Rol 83.344-2016, 26/07/2017).

b) No existe una clara relación entre los parámetros normados y las concentraciones establecidas, y el pretendido beneficio vinculado al objeto de protección que el anteproyecto declara; y
c) Se estimó un valor en relación a los servicios ecosistémicos presentes, bajo supuestos no comprobados.

12. Adicionalmente, el AGIES del 2017 yerra gravemente al señalar que la estimación de costos de una NSCA es algo que afectaría principalmente al Estado (análisis y monitoreo), y que los costos para los regulados recién se deberían estimar en el proceso de dictación de un eventual plan de descontaminación. Tal afirmación carece de fundamento e incluso contradice la declaración del propio AGIES de la utilización de metodologías de impacto regulatorio para elaborar estos análisis[5].

13. Por su parte, desde el punto técnico y científico, es inaceptable mantener la misma regulación sin considerar que la información científica y ambiental ha sido actualizada con informes muy relevantes. En efecto, tal como se ha señalado, se han emitido en el último tiempo estudios relevantes acerca de las actuales condiciones de la cuenca y sus condiciones de recuperación del ecosistema. No obstante, el informe técnico del Anteproyecto y la mayoría de los parámetros de éste se fijaron en relación con concentraciones físico - químicas de parámetros que midió la Dirección General de Aguas (**"DGA"**) de años atrás, por lo que lo mínimo que debiera haberse hecho era actualizar la data, lo que no se hizo.

Es necesario tener presente que la propia DGA ha señalado a través de Ord. DGA N°851/2018, de fecha 18 de Octubre de 2018, que sus datos no serían del todo confiables. Específicamente, ha señalado: "*Respecto de la información de calidad de aguas solicitada para las estaciones Río Cruces en Rucaco, Río Cruces Antes BT Celco y Río Cruces en San Luis del Alba periodo 2012 y 2016 se debe indicar que en el caso de los datos de registro continuo existen periodos con interrupción producto de fallas propias de las Sondas de Calidad Modelo M5 utilizadas por este Servicio, fallas relacionadas con transmisión satelital, antigüedad de estos equipos y el alto costo de reparación, principalmente esta situación se ve reflejada en los datos de la estación Cruces en San Luis del Alba*". En otras palabras, el Anteproyecto se ha basado en datos medidos por la DGA, siendo que durante el proceso debió haberse aprovechado la información disponible en estudios que derechamente no han sido considerados[6].

---

[5] En efecto, ese tipo de instrumentos metodológicos implican la necesidad de proyectar el efecto socioeconómico y ambiental que la regulación generará para el propio Estado y los administrados; y determinar si cumple con estándares de proporcionalidad, conforme a la realidad y ajustándose a los principios de gradualidad y razonabilidad al dictar nuevas regulaciones, que deben partir de la base de la posibilidad de cumplimiento y de los costos para alcanzarlo

[6] "Informe Final del Programa de Diagnóstico Ambiental del Humedal del Río Cruces y sus Ríos Tributarios: 2014-2015, de mayo de 2015", elaborado por la Universidad Austral de Chile, por requerimiento del Estado de Chile, y que contiene información actualizada sobre el estado del ecosistema del humedal del río Cruces y sus ríos tributarios.

14. Del mismo modo, el mantener a través de este nuevo Anteproyecto la misma regulación anulada, demuestra que hasta el 2018 el Ministerio no había cumplido con avanzar en la definición de mejores y actuales metodologías ambientales que le permitiesen justificar la proporcionalidad de su propuesta de regulación. Ejemplo de lo anterior es la evaluación de riesgo ecológico que, según se informó, se habría aplicado sólo para algunos parámetros de esta norma, lo que implica que no está justificada la proporcionalidad de la norma con los objetivos de protección que se propone.

Es por ello, que el Ministerio debe retrotraer el procedimiento de este Anteproyecto e iniciar el proceso de dictación de una nueva normativa basada en los avances de la ciencia y con la debida proporcionalidad.

15. En efecto, el insistir en seguir adelante con un proceso normativo que presenta las deficiencias descritas no acatando lo establecido en una sentencia judicial, no se ajusta a los principios de legalidad y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

16. Otra evidencia de la falta de debida motivación es que ni en los considerandos del Anteproyecto ni en su expediente se encuentran los fundamentos de la selección de los servicios ecosistémicos que se buscaría proteger y cómo ello se relacionaría con los parámetros que se han medido históricamente, y la relación con las distintas actividades económicas presentes en la cuenca. Tampoco se logra fundamentar los parámetros y concentraciones propuestos, que justifiquen su regulación por su condición de contaminante y no por su sola presencia en el ambiente; así, no queda claro en el Anteproyecto cómo se fijan los umbrales tolerables, al no haberse previamente definido bajo qué consideraciones ambientales y sociales se pretende fijar tales umbrales. Esa correlación de fundamentos no ha podido establecerla adecuadamente ni el decreto anulado ni el Anteproyecto.

17. Al respecto, la Ley N° 19.300 y el Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión (D.S. N°38 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente), exigen que los parámetros que se normen tengan directa relación con el riesgo para la protección o conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza. Por tanto, la primera exigencia que debía cumplir el Ministerio al regular es la determinación del riesgo que tal o tales contaminantes (21 en este caso), generan en el medio ambiente considerando las condiciones de éste, tal cual lo exige el artículo 31 del Reglamento.

18. Pues bien, el Anteproyecto no cuenta con la determinación del riesgo que pueden generar los parámetros normados y las concentraciones establecidas. Adicionalmente, para su establecimiento, debe considerarse el sistema global del medio ambiente, que incluye las relaciones socioeconómicas y culturales, las especies y componentes del patrimonio ambiental que constituyen el sostén de comunidades locales, además de los antecedentes relativos a las

condiciones de explotación de los recursos naturales renovables. Ninguna de estas consideraciones está presente en el Anteproyecto. Ni el Anteproyecto ni el AGIES entregan la fundamentación del por qué esos parámetros y concentraciones satisfacen el requerimiento normativo en atención al riesgo y considerando las condiciones locales.

19. Es más, el Informe Técnico del Anteproyecto elaborado por el Ministerio en 2017, declara que uno de los criterios utilizados para establecer los valores a normar es *"mantener la calidad histórica de la cuenca del río Valdivia"* y que *"fue necesario incorporar como criterio para establecer los valores a normar la recuperación gradual de las características fisicoquímicas históricas en aquellos tramos intervenidos"*. Tal fundamentación no se relaciona con el objetivo exigido por la Ley para este tipo de normas, porque la *"condición histórica"* no puede ser el único criterio válido para la regulación. Solo respecto de los metales se reconoce que se realizó un estudio de evaluación de riesgo, sin un mayor detalle de la metodología empleada y su validación para incorporarse en el análisis. Luego, el Informe Técnico no precisa cómo los valores propuestos cumplen con el objetivo que se intenta lograr.

Así las cosas, es evidente que se requiere de una nueva propuesta normativa que satisfaga los requisitos legales y brinde los fundamentos de proporcionalidad socio económicos previamente exigidos por los tribunales de justicia[7].

20. Así las cosas, y tal como se ha señalado en otras presentaciones, de persistirse con este Anteproyecto (con su respectivo AGIES) y de aprobarse un nuevo decreto en los términos planteados, se conduciría irremediablemente a la declaración de zonas latentes y saturadas, y al establecimiento de un consecuente plan de prevención y descontaminación que necesariamente impondrá una reducción de emisiones carente de todo sentido, circunstancia que es incomprensible tanto a la luz de lo resuelto por los tribunales como por la realidad de la cuenca regulada[8].

21. A la luz de lo expuesto, es evidente que lo que corresponde es retrotraer el procedimiento para elaborar un nuevo AGIES que fundamente adecuadamente un nuevo anteproyecto. En efecto, dado el avance del proceso de dictación del nuevo decreto, las falencias descritas no puedan ser subsanadas en la etapa de elaboración del proyecto definitivo, porque implicaría

[7] Como si todo lo anterior no fuese suficiente para acreditar los vicios de nulidad que se exponen, aún hay más. En cuanto al caso del parámetro Zinc, que según el Anteproyecto supuestamente sería lo único que se le ordenó revisar por los Tribunales de Justicia, cabe señalar que el Anteproyecto tampoco cumple con la determinación bajo la hipótesis de concentración que genera riesgo para los ecosistemas hídricos y sus servicios ecosistémicos que se declara proteger, ni cómo con este cambio se logra cumplir con el objetivo normativo, ni que se basa en una evaluación del AGIES favorable. Por el contrario, en el Informe Técnico del Anteproyecto nada se dice al respecto.

[8] En efecto, cabe recordar que durante varios años se ha demostrado que las actividades que se desarrollan conviven adecuadamente con el ecosistema que se intentaría proteger. Al respecto, se solicita revisar los siguientes antecedentes que ratifican esto, todos los cuales están en poder del Ministerio: i) monitoreos periódicos de fuentes existentes en la zona desde hace más de 10 años; ii) Informe Final del Programa de Diagnóstico Ambiental del Humedal del Río Cruces y sus Ríos Tributarios: 2014-2015, Universidad Austral de Chile, Mayo de 2015; y, iii) Los sucesivos reportes del Programa de Monitoreo Ambiental Actualizado del Humedal del Río Cruces y sus Ríos Tributarios (informes anuales desde 2015).

realizar una propuesta normativa completamente distinta a la socializada, siendo necesarias nuevas instancias de participación ciudadana. Así, la única forma de subsanar tal circunstancia es que el Ministerio retrotraiga el proceso a la etapa de elaboración de anteproyecto, dejando sin efecto tanto el Anteproyecto contenido en la Resolución N°1.431, de 15 de diciembre de 2017, como el AGIES del mismo. Luego de ello, deberá elaborar un nuevo AGIES que sí cumpla con los requisitos reglamentarios y judiciales.

Cabe recordar que la invalidación implica un poder – deber (de la Administración) que supone dejar sin efecto los actos administrativos cuyos vicios de legalidad no puedan subsanarse, a fin de restablecer el orden jurídico quebrantado, como se observa en este caso.

V.- Desviación de poder: el Anteproyecto no acata lo resuelto por los tribunales.

22. Como se ha señalado, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Ambiental de Valdivia resolvieron la nulidad del D.S. N°1/2015. Dichos fallos son claros en establecer la necesidad de contar con un análisis de impacto económico y social **adecuado** (lo que es básico para poder tener alguna justificación acerca de los valores que se incluyan en una norma secundaria), **dado que sobre dicho análisis se basa la motivación y proporcionalidad de los parámetros y valores que se incluyan en la norma**. Como se ha señalado, el Anteproyecto vuelve a incurrir en los mismos vicios sentenciados por fallos judiciales que tienen autoridad de cosa juzgada. De esta forma, en los antecedentes que fundan la Resolución y el contenido del Anteproyecto que aprobó el Ministro de Medio Ambiente a fines de 2017, siguen sin identificarse ni ponderarse adecuadamente tanto los beneficios como los costos económicos y sociales que producirían las normas propuestas, lo que redunda en un vicio de falta de motivación.

23. Al respecto, analicemos qué señaló el fallo del Tercer Tribunal Ambiental, ratificado por la Corte Suprema, en su considerando 62:

"Sexagésimo Segundo. Que, este Tribunal observa que la fundamentación y proporcionalidad del decreto reclamado, si bien guarda relación con los objetivos de protección ambiental -concebida la norma de calidad ambiental como un medio para lograr el fin de conservación y preservación de la naturaleza- también los guarda con sus efectos económicos.
Desde ya, este Tribunal considera que los tres primeros requisitos de la proporcionalidad concurren en el decreto reclamado, e incluso en el decreto archivado. Concediendo la reclamada que aplica la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención, directamente hemos de reconducirnos al análisis costo-beneficio del AGIES. No cabe duda que la determinación científica en materia ambiental es aquella que entrega la mayor seguridad para el ecosistema, y por tanto, la minimización máxima de sus riesgos de afectación. Pero si la determinación de la norma secundaria de calidad ambiental se dirime sólo por esta consideración, cualquier análisis económico se tornaría en innecesario. Es precisamente la necesidad de compatibilizar los derechos reconocidos en los artículos 19 N° 8, N° 21 y N° 24 de la Constitución Política, la que obliga a introducir la variable económica como referente para la

proporcionalidad. Esto no significa que la Administración esté impedida de establecer límites que impliquen la recuperación ambiental de un área determinada con intervención antrópica incluso a niveles de calidad natural, simplemente que primero debe así declararlo, y desde luego, informar cómo los beneficios sociales superan a los costos sociales (...) el acto reclamado carece de proporcionalidad, por no existir antecedentes sociales y económicos que permitan su control. (énfasis agregado)

24. Tenemos la convicción de que la Resolución ha desconocido las sentencias judiciales. En efecto, propone un Anteproyecto sin considerar verdaderamente lo resuelto por los fallos del Ilustre Tribunal Ambiental y de la Excelentísima Corte Suprema. En dichos fallos se establecieron varias ilegalidades específicas (de forma y de fondo), las que, como ya se indicó, no son abordadas por la Resolución. Es decir, a diferencia de lo que se indica en el Anteproyecto de 2017, los tribunales cuestionaron la fundamentación y proporcionalidad del acto reclamado profunda y categóricamente, en su integridad.

25. Los fundamentos del Anteproyecto, al intentar justificar sin éxito que se ha acatado el fallo judicial, no sólo son erróneos, sino que derechamente contrarios al sentido de lo resuelto por los tribunales, y claramente incumple dichos mandatos[9]. Ello es muy grave, ya que el incumplir lo resuelto en las sentencias judiciales constituye una infracción a la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada emanada de las mismas, así como una infracción al principio constitucional de inavocabilidad, puesto que, mediante la reiteración del mismo contenido del decreto anulado, hace revivir un asunto ya decidido por sentencia firme y ejecutoriada. Lo anterior implica apartarse del deber que recaía sobre el Ministerio de subsanar los vicios de motivación, constituyendo ello un supuesto de desviación de poder.

26. Al respecto, cabe tener presente que la Excelentísima Corte Suprema[10] ha definido la desviación de poder señalando que ésta se produce cuando *"[...] el fin del acto, que es uno de sus elementos constitutivos, es distinto del fin general de interés público que debe ser el de toda actividad pública, o el fin particular establecido para determinados actos por la norma respectiva; fin que puede ser de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal, y que también puede ser de interés general, pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto [...]".*

27. Adicionalmente, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado en reiterada jurisprudencia que *"un acto administrativo puede ejercerse en virtud de una potestad discrecional y la discrecionalidad consiste en la opción para decidir en uno u otro sentido, otorgada por la ley al*

---

[9] De esta forma, el hacer cesar la eficacia de la cosa juzgada para quienes impetran la protección judicial de sus derechos o intereses constituye una vulneración de los mismos, puesto que de admitirse su infracción, la ejecución efectiva de una decisión anulatoria, se deja en último término, en manos de la Administración, quien con el objeto de evitar que la anulación despliegue sus efectos, en vez de subsanar el vicio, dictará, como concurrió en el caso concreto, un nuevo acto administrativo que reproduzca total o parcialmente el acto anulado.

[10] Excelentísima Corte Suprema, Rol Nº4401-2010, de 02/09/2013.

órgano habilitado para ello, pero hay dos elementos que nunca pueden quedar entregados a la discrecionalidad administrativa y tales son la competencia de órgano y la finalidad que debe ser cumplida, elementos que no caben dentro de la opción; otra cosa es, como fue razonado anteriormente, que el incumplimiento de este último sea por su naturaleza de difícil demostración, lo que no ocurre en el caso actual, cuya realidad queda revelada por la propia autoridad de la que emana el decreto impugnado; y por el contrario, en los casos en que se ejerce una potestad discrecional es donde puede incurrir el órgano administrativo, al optar por una de las vías de acción alternativas, en el vicio de desviación del fin legal, cometiendo entonces arbitrariedad".[11]

28. En definitiva, no existe órgano del Estado que pueda determinar – luego de una sentencia judicial – qué es lo que puede o debe cumplir de un fallo, pues es un deber de conducta dirigido tanto a las partes, como al juez y a todo órgano, sea jurisdiccional o administrativo, en orden a respetar la eficacia vinculante de toda sentencia que emane de un tribunal de la República. En efecto, los Tribunales de Justicia establecieron la existencia de vicios que afectan a aquella decisión administrativa que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado[12], afectándose así la validez del acto administrativo y por ende el principio de tipicidad teleológica inmanente a la atribución normativa de potestades.[13]

VI.- Sobre la motivación del acto que se solicita invalidar.

29. La causa o motivo es definido como **la razón que justifica cada acto administrativo emanado de la Administración Pública**. En dicha causa están incorporados los elementos de hecho que se tuvieron a la vista para la dictación del acto administrativo, así como la causa legal justificatoria del mismo. De esta forma, el deber de fundamentación o motivación del acto administrativo consiste en la exposición clara y precisa de los motivos que indujeron al órgano de la Administración del Estado a la emisión del acto administrativo. En este sentido, la doctrina comparada ha señalado *"Así, la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo, y en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto"*[14] *"(...) motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar a razonar, cómo tal norma jurídica impone la resolución que se*

---

[11] En este sentido, Fallos de la Excelentísima Corte Suprema de 7 de marzo de 2005 (Rol N°50-2005); 28 de diciembre de 2005 (Rol N°5503-2005); 10 de enero de 2006 (Rol N° 6493-2005).

[12] PIERRY ARRAU, Pedro, *El control de la discrecionalidad administrativa*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. VIII, 1984; pp.161-183, p.165; JARA SCHNETTLER, Jaime, *Desviación de poder y nulidad de los actos administrativos*, en AA.VV., La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno, IX Jornadas de Derecho Administrativo (Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013) pp.210-212.

[13] CORDERO VEGA (2015) pp.35-36, 262.

[14] CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo,* Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 202.

adopta en la parte dispositiva del acto"[15] o bien, responden a la pregunta de por qué ha sido dictado tal acto administrativo.

30. De todo lo expuesto precedentemente, se desprende claramente que el Anteproyecto no subsana los vicios de falta de debida motivación detectados en el decreto anulado, sino que reitera o incurre en los mismos vicios. Ello es particularmente grave, por cuanto lo juzgado y resuelto en el juicio de reclamación en torno a la falta de motivación y proporcionalidad del decreto anulado era el antecedente lógico-jurídico y presupuesto indispensable con base al cual la autoridad administrativa debía dictar las nuevas NCSA.

31. Cabe tener presente que la doctrina nacional respalda la exigencia esencial de los motivos de hecho como elemento del acto administrativo y señalan que, cuando en el acto administrativo no se expresan los motivos de hecho o resultan falsos en parte determinante, se genera un vicio de nulidad. A este respecto, se ha señalado que *"el vicio en la fundamentación es precisamente la arbitrariedad, es decir, la carencia de razonabilidad de la decisión adoptada, desde que ella carece de la indispensable sustentación normativa, lógica y racional (no suficiente ni congruente), y su consecuencia es la nulidad (...) del pretendido acto administrativo, por contravenir la Constitución (artículo 7° incisos 1° y 2°) y la ley (v.gr. 19.880)".*[16]

32. Por lo tanto, en el presente caso, existe un claro vicio asociado a la causa o motivos del acto, ya que:

a) en el Anteproyecto no es posible encontrar el detalle pormenorizado de cómo se subsanan cada uno de los vicios que justificaron la declaración de nulidad del decreto original.
b) El Anteproyecto no fundamenta los valores propuestos en relación al objeto de protección ambiental,
c) Los parámetros y valores propuestos son desproporcionados y carecen de una justificación basada en que los beneficios superen a los costos.

33. Finalmente, resulta inaceptable que el Anteproyecto se haya dictado manteniendo en la práctica la misma regulación previamente anulada, pues no se puede admitir que nuestras autoridades no obedezcan lo ordenado por los Tribunales de Justicia, buscando imponer una nueva norma, prácticamente idéntica a la anulada, sin haber subsanado los graves errores de motivación que ésta adolecía.

* * * * * *

---

[15] Perez Benech, Viviana, *Motivación del acto administrativo: análisis de criterios jurisprudenciales y admisibilidad de su omisión alegando la reserva de las actuaciones*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII, n° 15, p. 37.
[16] Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales*, Legal Publishing Chile, 2009, p. 353

Sobre la base de todos los antecedentes de hecho y de derecho anteriormente señalados, se aprecia la concurrencia de vicios esenciales de la Resolución N° 1.431/2017, asociados a la motivación de éste y la desviación de poder en que se incurre al incumplir el mandato judicial, los cuales no son susceptibles de subsanar.

Por lo tanto, en virtud del principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y en atención a la potestad-deber comprendida en el artículo 53 de la Ley 19.880 que faculta a los órganos de la Administración del Estado a revisar sus actos por razones de legalidad, de oficio o a petición de parte, la mencionada resolución debe ser dejada sin efecto, procediendo a dictarse un nuevo Anteproyecto de Normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del río Valdivia, en base a un nuevo AGIES, dando estricto cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal Ambiental de Valdivia, confirmado por la Excelentísima Corte Suprema.

POR TANTO, de acuerdo con lo expuesto y de conformidad con el artículo 53 de la Ley 19.880, y de los demás cuerpos legales y reglamentarios que fueran pertinentes,

SOLICITO RESPETUOSAMENTE AL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, tener por presentada la solicitud de invalidación, procediendo a admitirla a trámite y dar curso a un procedimiento de invalidación que lleve a acogerla en todas sus partes, declarando la ilegalidad de la Resolución Exenta N° 1.431/2017, cuyo extracto fue publicado en el Diario Oficial del 22 de diciembre de 2017 y de su respectivo Análisis General de Impacto Económico y Social (AGIES).

PRIMER OTROSÍ: En subsidio, y en caso de que la solicitud de lo principal de este escrito no sea acogida, solicito que se decrete la invalidación de oficio de la Res. Ex. N°1.431/2017, ya individualizada, por los fundamentos señalados en lo principal de esta solicitud, los que se dan por entero reproducidos.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito asimismo se tengan por acompañados los siguientes informes que analizan detalladamente la Resolución cuya invalidación se solicita, suscritos por destacados profesores de Derecho Procesal, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo:

a) **Opinión legal del profesor Cristián Maturana Miquel titulada: "Procedencia de la Cosa Juzgada Positiva o Prejudicial de la sentencia Emanada del Tercer Tribunal Ambiental en Causa Rol N°25-2016"**. Este informe concluye, entre otros, lo siguiente:

- El Anteproyecto incumple la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, infringiendo con ello la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada emanada de dicha sentencia firme y ejecutoriada.
- Lo juzgado y resuelto en el juicio de reclamación en torno a la falta de motivación y proporcionalidad del decreto reclamado constituye el antecedente lógico-jurídico y

presupuesto indispensable con base al cual la autoridad administrativa debe dictar las nuevas normas secundarias de calidad ambiental.

- La autoridad administrativa no puede dictar las nuevas normas ignorando, contradiciendo o dejando de tener en consideración lo fallado explicita e implícitamente por la sentencia ambiental.
- La autoridad, al proceder del modo que lo ha hecho, no sólo infringe la cosa juzgada positiva, sino que además infringe el principio constitucional de inavocabilidad, haciendo revivir, mediante la reiteración del mismo contenido del decreto anulado, un asunto ya decidido por sentencia ejecutoriada.
- La autoridad ha incumplido lo dispuesto por el Tercer Tribunal Ambiental en relación al procedimiento de dictación de una norma secundaria de calidad ambiental, incurriendo en los mismos vicios por los cuales el D.S. N°1/2015 fue anulado, persistiendo en una regulación alejada de una mínima razonabilidad y motivación, insistiendo en los mismo parámetros y límites contemplados en el decreto anulado.

b) **Opinión legal del profesor Gastón Gómez Bernales titulada: "Informe sobre la Constitucionalidad del Anteproyecto de Normas de Calidad Ambiental de Protección de las Aguas Superficiales de la Cuenca del río Valdivia y las Sentencias del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental y la Corte Suprema".** Este informe concluye, entre otros, que el Anteproyecto infringe la Ley y la Constitución, por cuanto:

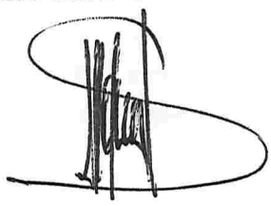
- La norma propuesta a través de la Resolución Exenta 1431, que aprobó el Anteproyecto, ha desconocido lo resuelto en las sentencias del Tercer Tribunal Ambiental y de la Excma. Corte Suprema, al considerar que dichos fallos solo obligaban al MMA a revisar el nivel de calidad ambiental para el parámetro Zinc total en las aéreas de vigilancia del rio Cruces, habiendo el MMA decidido mantener inalterable en la propuesta normativa todo el resto del contenido del D.S. N°1/2015, en circunstancias que dichas sentencias establecieron varias ilegalidades específicas, no solo procedimentales, sino también de fondo, la que no fueron abordadas.
- Al desconocer lo resuelto por los Tribunales de Justicia, además de incurrir en ciertas ilegalidades, la autoridad transgrede específicas reglas constitucionales que garantizan la inavocabilidad y la cosa juzgada (artículo 76 inciso 2 de la Carta), el debido proceso administrativo (artículo 19 número 3 de la Constitución), e incurre en infracción a la probidad administrativa. Su actuación lesiona, consecuencialmente, los derechos de libre actuación económica.

c) **Opinión legal del profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez, titulada "Minuta Legal Sobre la Resolución Exenta N°1431, de 15 de Diciembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente y lo Resuelto por los Tribunales de Justicia en la Materia"**, que concluye lo siguiente:

- La sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia ordenó anular NSCA de la cuenca del río Valdivia y reanudar su procedimiento administrativo, a partir de la elaboración de un AGIES.
- El MMA cumplió con reanudar el procedimiento de dictación de la NSCA. Sin embargo, no ha cumplido cabalmente lo señalado en la sentencia, toda vez que los documentos elaborados no subsanan todas las falencias establecidas a partir de la referida sentencia. En efecto, de la lectura de la aludida sentencia, y a diferencia de lo que se indica en el Anteproyecto de NSCA, no es posible concluir que el único cuestionamiento técnico ambiental y/o de proporcionalidad de las exigencias contenidas en la norma anulada que hicieran los tribunales se limitara a adecuar lo indicado respecto del parámetro Zinc. Por el contrario, para precisamente poder pronunciarse respecto de la proporcionalidad de la norma los tribunales exigieron contar con un AGIES adecuado, y "desde luego, informar cómo los beneficios sociales superan a los costos sociales" (Considerando 62 de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental), lo que no ha sucedido en la especie.
- Los problemas procedimentales y de fondo que presenta el nuevo Anteproyecto de NSCA de la cuenca del río Valdivia dejan en evidencia un cierto incumplimiento de la Sentencia del Tribunal Ambiental, confirmada por la Excma. Corte Suprema, en la medida que no acoge todas las objeciones planteadas por el tribunal en relación con la falta de fundamentación de los informes y normas propuestas, principalmente desde la perspectiva de la proporcionalidad y el análisis de costos y beneficios.
- Por último, la no sujeción estricta de la autoridad administrativa a los parámetros establecidos en las sentencias del Tercer Tribunal Ambiental y la Excma. Corte Suprema pueden eventualmente acarrear responsabilidad administrativa a las autoridades y funcionarios públicos que participaron o participan del procedimiento de elaboración del nuevo Anteproyecto de NSCA de la cuenca del río Valdivia.

La personería del suscrito, para actuar en representación de la CORPORACION PARA EL DESARROLLO DE LA REGIÓN DE LOS RÍOS, consta en acta Extraordinaria de Directorio del año 2014, celebrada el 26 de junio de 2014, reducida a escritura pública con fecha 24 de julio de 2014, en la Notaria Pública Carmen Podlech Michaud de la ciudad de Valdivia, bajo Repertorio N° 3218-2014.

Atentamente,



PABLO HOFFMANN LEON
PRESIDENTE
CORPORACION PARA EL DESARROLLO DE LA REGION DE LOS RIOS
CODEPROVAL

004808

OPINIÓN LEGAL

PROCEDENCIA DE LA COSA JUZGADA POSITIVA O PREJUDICIAL DE LA SENTENCIA EMANADA DEL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL EN CAUSA ROL Nº R-25-2016

I. ANTECEDENTES DEL CASO.

Se nos ha solicitado una opinión legal acerca de la procedencia de una infracción a la cosa juzgada emanada de la sentencia dictada con fecha 29/09/2016 por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia (en adelante, TA) en causa Rol Nº R-25-2016 (y acumuladas R-26-2016 y R-27-2016), confirmada por la Corte Suprema por sentencia de 26/7/2017 (Rol Nº 83.344-2016).

En virtud de dicha sentencia, se declaró la nulidad del Decreto Supremo Nº 1/2015, del Ministerio del Medio ambiente (en adelante, MMA) que establecía las "*Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Valdivia*" (en adelante, NSCA), así como de la Resolución Exenta N° 478/2012 MMA que aprobó el "*Anteproyecto de normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas de la cuenca del río Valdivia*"[1] y todos los actos administrativos trámites relacionados con estas normas, ordenando a la administración reanudar a la brevedad el procedimiento administrativo para el dictado de dichas normas en conformidad al reglamento procedimental contenido en el D.S. N° 38/2012 MMA[2].

Conforme a los antecedentes analizados, y luego de una larga tramitación iniciada el año 2006, consta que el año 2012, el MMA aprobó el Anteproyecto de normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas de la cuenca del río Valdivia (Resolución Exenta N° 478/2012) tras lo cual se llevó a cabo el correspondiente período de participación ciudadana por un lapso de 60 días, concluyendo el procedimiento el año 2015 con la dictación del mencionado D.S. N°1/2015, el que estableció 10 áreas de vigilancia y 21 parámetros controlados (pH, OD, o, S042-, Na, Cl-, DBO, NO3-, P043-, AOX, disueltos de Al, Cu, Fe, Mn y Zn, y totales de Al, Cu, Fe, Mn, Zn y Cr).

Durante el trámite de toma de razón del decreto anulado, se adjuntó al procedimiento administrativo un Análisis General del Impacto Económico y Social (en adelante, AGIES) y una minuta técnica. Finalmente, el decreto reclamado fue tomado de razón por la Contraloría General de la República, el 26 de octubre de 2015 y publicado en Diario Oficial de 27 de noviembre de 2015. Cabe hacer presente que, durante el procedimiento, y antes de la

---

[1] Conforme al art. 2° de la Ley N° 19.300, letra ñ), las normas secundarias de calidad ambiental son aquellas que establecen "(...) *los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza*", constituyendo uno de los instrumentos de gestión ambiental contenidos en la ley para cumplir con el deber establecido en el art. 19 Nº 8 de la Constitución.

[2] El art. 32 de la Ley Nº 19.300, establece que el procedimiento para el dictado de estas normas debe regularse por reglamento emanado de la potestad reglamentaria, el cual debe contener etapas mínimas de "(...) *análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados, análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad*".

publicación del D.S. Nº 1/2015 la administración dictó un decreto previo, el D.S. Nº 55, que nunca se llegó a publicar y para el cual se realizó un AGIES propio. De esta forma, durante el procedimiento se realizaron dos AGIES, variando la administración en cada uno los parámetros aplicados.

Impugnando dicho decreto, con fecha 4 de enero de 2016, se interpusieron, separadamente, por la Corporación Codeproval, Empresas Celulosa Arauco y Forestal Calle Calle, recursos de reclamación por ilegalidad ante el TA de Valdivia, solicitando, en lo esencial, la declaración de nulidad del decreto reclamado.

Con fecha 29 de septiembre de 2016, el TA dictó sentencia acogiendo las reclamaciones interpuestas por Codeproval y empresa Celulosa Arauco en lo relativo a la falta de motivación suficiente del decreto reclamado, ordenando la nulidad tanto del el D.S. N°1/2015 como de la Resolución Exenta N° 478/2012 MMA que aprobó el anteproyecto de normas secundarias de calidad ambiental y todos los actos administrativos trámites dictados a partir de ésta última.

Asimismo, ordenó al Ministerio reanudar, en el más breve plazo posible, el procedimiento administrativo, a partir de la elaboración de un análisis general del impacto económico y social (AGIES) de las normas contenidas en el anteproyecto que el MMA oficialice, dando cumplimiento al D.S. Nº 38/2012 MMA.

Con fecha 18 de octubre de 2016, el MMA interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia del TA, el que fue rechazado por la Corte Suprema, por manifiesta falta de fundamento, por sentencia de fecha 26 de julio de 2017 (Rol Nº 83.344-2016), quedando firme, en consecuencia y en todas sus partes, la sentencia del TA.

Con motivo de la nulidad del D.S. N°1/2015 y la Resolución Exenta N° 478/2012 y en cumplimiento del fallo del TA , en septiembre de 2017, el MMA reanudó el proceso de generación de estas normas a partir de la elaboración de un nuevo AGIES, publicando, con fecha 22/12/2017, un extracto de la Resolución Exenta N° 1431, de 15 de diciembre de 2017, del MMA que *"Aprueba Anteproyecto de las Normas de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Valdivia"* (en adelante, el Anteproyecto).

Al efecto, y entendiendo que el único cuestionamiento realizado por la sentencia dictada por el TA al D.S. N° 1/2015 *"(...) respecto de la fundamentación y proporcionalidad del decreto reclamado en cuanto al objeto de protección ambiental, parámetros normados, niveles de calidad ambiental y áreas de vigilancia se hizo respecto del nivel de calidad ambiental en relación a la proporción total/disuelto para el Zinc en áreas de vigilancia del río Cruces"*, en la fundamentación del nuevo Anteproyecto se hace presente que éste *"conserva en forma íntegra el objetivo de protección, ámbito de aplicación territorial, definiciones, niveles de calidad ambiental por áreas de vigilancia, cumplimiento y excedencias, Programa de Medición y Control de la Calidad Ambiental del Agua, e informe de calidad establecido en el D.S. N° 1 del 14 de enero de 2015 del Ministerio de Medio Ambiente"*.

Siguiendo lo anterior, y con excepción de los niveles de calidad ambiental en relación a la proporción total/disuelto para el Zinc en áreas de vigilancia del río Cruces, el nuevo Anteproyecto recientemente aprobado y publicado, sería una reproducción de lo establecido en el anulado D.S. N° 1/2015.

Surge la cuestión de determinar, en consecuencia, si este nuevo Anteproyecto, que a su vez desembocará en el dictado de un nuevo decreto para el establecimiento de las NSCA, incumple o no lo fallado y resuelto por la sentencia firme dictada por el TA, ratificada por la Corte Suprema, infringiendo con ello la eficacia y valor vinculante de dicha sentencia derivada de la cosa juzgada.

Sobre la materia, adelantamos que, en nuestro concepto, con la publicación de este nuevo Anteproyecto, la administración incumple abiertamente el mandato contenido en la sentencia firme dictada por el TA infringiendo con ello la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada emanada de dicha sentencia judicial firme, cuyo mandato, por aplicación del art. 3º del Código Civil, vincula y obliga a los sujetos que fueron parte en dicho proceso.

Como se examinará, con la aprobación del nuevo Anteproyecto, el MMA desconoce, ignora y contradice los pronunciamientos y mandatos contenidos en el fallo del 3TA infringiendo con ello la eficacia de cosa juzgada del fallo y el derecho de los justiciables a una tutela efectiva de los derecho e intereses legítimos, impidiendo el cumplimiento de la sentencia declarativa del 3TA en sus propios términos lo que la transforma en un mero mandato de papel.

A efectos de determinar con precisión el contenido y alcance de la vinculación a la sentencia firme del Tribunal Ambiental y, por tanto, la proyección o repercusión prejudicial de la cosa juzgada de dicha sentencia, resulta indispensable determinar, primeramente, el asunto jurídico fundamental que se discutió en dicho proceso, constituido por aquello que fue debatido, juzgado y resuelto en el juicio de reclamación ante el TA (*res iudicata*), para luego determinar si la Administración, con la aprobación y publicación del segundo Anteproyecto, da cumplimiento o no a lo que ha sido ordenado por la justicia ambiental y la Corte Suprema, por sentencia ejecutoriada.

1) LO DEBATIDO Y RESUELTO EN EL JUICIO DE RECLAMACIÓN POR ILEGALIDAD (LA *RES IUDICATA*).

Según se ha detallado, en enero de 2016, la Corporación Codeproval, Empresas Celulosa Arauco y Forestal Calle Calle, interpusieron sendos recursos de reclamación por ilegalidad ante el TA de Valdivia, en contra del D.S. N° 1/2015 MMA.

En lo esencial, la reclamación se fundó en infracciones cometidas durante la tramitación del procedimiento administrativo a una serie de principios y reglas, adjetivas y sustantivas, contenidas en las leyes N°19.880 y N°19.300 y en el D.S. N° 38/2012 MMA, y en especial –en lo que importa para este informe, en la existencia de vicios de motivación y falta de proporcionalidad del decreto reclamado, solicitando que se ordene al MMA iniciar nuevamente el procedimiento administrativo, o cualquier otra medida favorable que se estime decretar.

Fallando el asunto controvertido, y tal como pone de relieve la propia Corte Suprema en su sentencia desestimatoria de la casación del fondo, el TA tuvo por establecidos una serie de hechos jurídicamente relevantes con base en los cuales decide el asunto controvertido ordenando la nulidad íntegra –por falta de motivación suficiente en la dictación del acto administrativo– tanto del DS Nº 1/2015 como del Anteproyecto que establece las NSCA (Resolución Exenta N° 478/2012) y todos los actos trámites dictados a partir de éste, considerando que el acto reclamado carece de motivación y *"(...) proporcionalidad, por no existir antecedentes sociales y económicos que permitan su control"*.

Al efecto, y según dan cuenta los considerandos resolutivos de la sentencia examinada, el TA cuestiona tres aspectos específicos del decreto impugnado y que lo afectarían en su integridad, dando por establecidos los siguientes hechos jurídicamente relevantes y criterios de aplicación de la ley sobre los cuales se proyecta la eficacia vinculante o prejudicial de la sentencia a la que se encuentran sujetas las partes que litigaron en el juicio, y que, por tanto, deben ser ineludiblemente respetados en el procedimiento para la dictación de las nuevas NSCA.

A. **Infracción a las normas de participación ciudadana. La participación ciudadana es un trámite esencial y elemento sustantivo para la determinación del límite de calidad ambiental y debe ser transparente, informada y significativa.**

En el caso sometido a su decisión, el TA considera que existe una vulneración de las reglas y principios que rigen la participación ciudadana por no haber sido *"transparente, informada y significativa"* en la medida que el AGIES fue incorporado por la autoridad en una etapa posterior a la consulta ciudadana. Al efecto, establece que:

(i) La etapa de participación y consulta es un imperativo legal y un aspecto sustantivo en la determinación del límite de calidad ambiental, aun cuando las observaciones formuladas no sean vinculantes (c. 29º)

(ii) La participación pública tiene como finalidad constituirse en un factor que permita acceder, complementar y discutir la información contenida en el expediente administrativo, mostrar que ésta puede ser inadecuada, sea porque es equivocada, incompleta o sesgada, además otorgar un componente de legitimidad y rendición de cuentas para la Administración (c. 28º)

(iii) La participación pública otorga una garantía de previsibilidad y razonabilidad para todos los interesados o concernidos por los efectos directos e indirectos, sean positivos o negativos, de la norma de calidad ambiental propuesta (c. 28º).

(iv) En esta línea, los AGIES son un antecedente esencial para la participación pública y privada y, desde luego, para la adopción de la regulación propuesta.

(v) Por tanto, durante la etapa de participación pública es relevante que tanto el anteproyecto como el AGIES esté disponible para los actores y se responda fundadamente, indicando claramente la intención de que la participación sea transparente, informada y significativa (c. 24º).

B. **Falta de motivación de los AGIES. El análisis de impacto económico y social es un trámite esencial y un elemento sustantivo para la determinación del límite de calidad ambiental que debe ser fundado.**

Declarando la falta de motivación de los AGIES fundantes del decreto reclamado, el TA y la CS fijaron los principios que han de regir su elaboración, estableciendo al efecto que:

(i) El AGIES no sólo es explícitamente recomendado en el derecho internacional, sino que es una exigencia de la Ley N° 19.300 y un aspecto sustantivo en el proceso de determinación de una norma de calidad ambiental, no una mera formalidad ni un tema de preferencia (c. 20º STA y c. 4º SCS).

(ii) El AGIES es un antecedente o acto trámite esencial para la adopción de la regulación propuesta pudiendo ser la norma resistida administrativa y judicialmente por aquellos que consideren que la regulación adoptada ha sobrestimado costos o subestimado beneficios ambientales o viceversa.

Asimismo, el TA considera el AGIES antecedente para otros actos trámites esenciales, como son la opinión del Consejo Consultivo del MMA respecto del anteproyecto, y muy particularmente la decisión del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad respecto del proyecto definitivo (c. 59ª)

(iii) El AGIES permite hacer operativos dos principios esenciales incorporados por la Ley N° 19.300, el principio de eficiencia y el de gradualidad, y además se consideran información ambiental pública de acuerdo a su artículo 31 bis, letras c) y d).

El primero de ellos, apunta a que "(...) *las medidas que adopte la autoridad para enfrentar los problemas ambientales, sean al menor costo social posible, y que se privilegie, además, instrumentos que permitan la mejor asignación de los recursos que, tanto el*

sector público como el privado, destinen a la solución del problema". El segundo, apunta a "(...) *aplicar gradualmente los estándares ambientales supone no exigirlos en su máxima intensidad en forma inmediata (...) a riesgo de producir un detrimento significativo en la actividad económica*" (c. 21º)

(iv) El AGIES debe realizarse y estar concluido dentro del plazo de elaboración del anteproyecto de NSCA, en un proceso iterativo simultáneo y no lineal, y ha de ser fundamento de éste –lo que no ocurrió en el caso del decreto impugnado– a fin de que los actores puedan tenerlos disponibles en el marco de la participación ciudadana (art. 39, Ley Nº 18.880 y 20.500), sin que nada impida que se puedan preparar uno o más que complementen o modifiquen el anterior, a medida que nueva información relevante es aportada al procedimiento (c. 23º, 24º y 42º).

(v) En ésta línea, la Corte Suprema al referirse al estándar mínimo de motivación que debe cumplir el procedimiento administrativo que crea las normas primarias y secundarias de calidad ambiental, consideró que "... *no procede calificar la exigencia de realizar los estudios en tiempo y forma acerca del impacto social de la norma secundaria como algo extraño o extravagante*", pues, ello "*llevaría en la práctica a un procedimiento de normas secundarias a discrecionalidad de la Administración, no sólo en cuanto a los tiempos, incorporación de la información y el fundamento a través de motivos más o menos fundados y en la especie incluso aparentemente errados.*".

(vi) El AGIES no puede realizarse de manera superficial. Debe ser fundado y dar cuenta de la existencia de análisis de costos-beneficios realizados y de la metodología de estimaciones asociadas y permitir contrastar los cálculos realizados o acreditar su correcta estimación.

En lo que respecta a los beneficios sociales para la población, ecosistemas o especies afectadas o protegidas, éstos deben ser siempre identificados y cuantificados cuando corresponda, debiendo la administración fundamentar en caso que no lo haga. Los costos, por su parte, deben ser siempre cuantificados.

La estimación de beneficios, ya sea cualitativa o cuantitativa, debe ser una estimación en el margen. Esto es, debería estar referida a las características de la norma en concreto, y por tanto debería reflejar los beneficios de reducir los niveles de concentración desde los niveles actuales a los niveles propuestos por la norma (c. 54º).

(vii) La Administración debe incluir en el expediente administrativo todos los documentos e informes que sirvan de motivo para el acto administrativo trámite esencial que es el AGIES y para el acto administrativo terminal, aplicándose el art. 3° inciso 6° de la Ley N° 19.880, 31 bis, c) Ley 19.300 y 8ª del D.S. Nº 38/2012(c. 50º).

(viii) Finalmente, en el caso concreto, revisando el grado de motivación de los AGIES que dan sustento al Decreto impugnado, el TA estableció que:

1. La Administración está habilitada para llevar a cabo una estimación diferenciada de costos y beneficios en el AGIES, dependiendo del instrumento de gestión

ambiental de que se trate, siendo el nivel de profundidad del AGIES de un plan de contaminación *mayor que el de una norma de calidad ambiental*.

Lo anterior no significa, con todo, que no deba realizarse un análisis costo beneficio en la etapa de dictación de la norma o que este pueda realizarse de manera superficial, tampoco significa que es un tema de preferencia del MMA estimar o no costos y beneficios en esta etapa ya que su consideración es un requerimiento legal (c.45º).

2. No existe en el AGIES una falta de estimación del incremento de tarifas reguladas a la población que deberán realizar las empresas de servicios sanitarios para financiar las inversiones para cumplir esta norma.

3. Respecto al AGIES1, el primer vicio que se advierte es que lo que se incorpora al expediente administrativo es un resumen y no propiamente un AGIES. Los reglamentos procedimentales requieren la inclusión del AGIES y no de un resumen del mismo (50º).

4. Los AGIES1 y AGIES2 no permiten contrastar los cálculos de costos realizados por carecer de detalles suficientes para replicarlos o acreditar su correcta estimación, omitiendo explicar cómo se llega a las cifras expuestas, cuál es el significado de ciertas cifras en el estudio, y lo que es más grave, no se expresan los hechos fundantes a partir de los cuales se arriba a costos y beneficios (C. 49º)

5. Resulta evidente que entre el AGIES2 y el AGIES1 no existe una relación, por lo que no se puede explicar los cambios en los costos asociados a la implementación de un eventual PPDA, obligando a especular a partir de las diferencias reconocidas entre ambas metodologías y su aplicación.

6. En el AGIES1 la estimación de costos de inversión, operación y mantención se obtuvo a partir de un estudio que no forma parte del expediente administrativo que dio lugar al decreto archivado y al decreto reclamado y con información que se encuentra en l expediente de una norma en elaboración distinta a la norma en estudio, sin que se indique dónde encontrar la información adecuada o cómo llenar las brechas entre el citado estudio y los costos específicamente determinados en el AGIES1 y el AGIES2 (c. 50º)

7. La determinación de costos del AGIES1 y el AGIES2 no está debidamente fundada, no existiendo claridad sobre los cambios de costos entre ambos, existiendo omisiones, imprecisiones, falta de antecedentes y una escueta presentación de los cálculos (c. 52º).

   A este déficit se une otro aspecto que impide al TA controlar la razonabilidad de ambos informes, como es la ausencia de explicación acerca de las cifras de costo anualizados, ya que ésta no puede corresponder a la estimación de una cuota anual equivalente. Si lo que se pretendía era establecer que unos costos correspondían

a valor corriente y los otros a actualizados, a lo menos debería haberse indicado el horizonte temporal considerado, lo cual no se hizo. Además, en ambos documentos se establecieron rangos a los valores, y no se explicó a qué se referían.

8. No existe en los AGIES 1 una evaluación de los beneficios ni una justificación sobre la imposibilidad de llevar a cabo dicha evaluación.

   El AGIES 2, tampoco cuantifica pero justifica la decisión concluyendo la imposibilidad de valorizar los beneficios generados por la norma ante la poca claridad existente en la comunidad científica de metodologías que permitan valorar de manera confiable variaciones marginales de diferentes parámetros en la calidad del agua. El TA demuestra, con todo, la existencia de estudios metodológicos suficientes para realizar dicha evaluación, considerando, además que existe una insuficiente identificación de servicios ecosistémicos (c. 54º).

9. Finalmente, el TA considera que el acto trámite esencial de presentación de AGIES se cumplió extemporáneamente siendo terminados e incorporados al expediente con posterioridad a las decisiones tomadas por el Consejo de Ministros para la sustentabilidad, dando el TA por establecido que el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, y previamente el Consejo Consultivo del MMA, decidieron basados en información técnicamente errónea o incompleta.

C. **Falta de fundamentación y proporcionalidad del decreto reclamado.**

Por último, el TA acoge la alegación de las partes en torno a la falta de fundamentación y proporcionalidad del decreto reclamado, declarando al efecto que (c. 62º):

(i) La fundamentación y proporcionalidad del decreto no solo guarda relación con los objetivos de protección ambiental -concebida la norma de calidad ambiental como un medio para lograr el fin de conservación y preservación de la naturaleza, sino también los guarda con sus efectos económicos.

(ii) En esta línea, se estima que el decreto cumple los 3 primeros requisitos de la proporcionalidad relativos a finalidad legítima, adecuada e idónea para la promoción de dicho objetivo y necesaria, pero con relación al cuarto requisito, relativo a la gravedad de la intervención, la que ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención (proporcionalidad en sentido estricto), ésta reconduce necesariamente al análisis costo-beneficio contenido en el AGIES antes realizado.

(iii) Esto no significa que la Administración esté impedida de establecer límites que impliquen la recuperación ambiental de un área determinada con intervención antrópica incluso a niveles de calidad natural, simplemente que primero debe así declararlo, y desde luego, informar cómo los beneficios sociales superan a los costos sociales.

(iv) Al respecto, se advierte, además, un error del Decreto reclamado al establecer niveles más bajos para el parámetro Zn total que para el Zn disuelto en las áreas de vigilancia

RCII, RCIV y SNCA, siendo imposible que la concentración total de un metal sea menor a su componente disuelta.

(v) Por lo anterior, el TA resuelve que el acto reclamado carece de proporcionalidad, por no existir antecedentes sociales y económicos que permitan su control.

2. EL NUEVO ANTEPROYECTO DE LAS NORMAS SECUNDARIAS DE CALIDAD AMBIENTAL DE 2017.

En cumplimiento de fallo, y en conformidad al D.S. Nº 38/2012, el MMA reanudó el procedimiento administrativo para la reposición de las normas declaradas nulas por el Tribunal Ambiental, otorgando un plazo de 3 meses para la generación del nuevo Anteproyecto y la realización del AGIES pertinente.

Transcurrido dicho plazo, por Resolución Exenta Nº 1431, de 15 de diciembre de 2017, el MMA aprobó el nuevo "*Aprueba Anteproyecto de las Normas de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Valdivia*", abriendo los plazos para la etapa de consulta.

Conforme se detalla en la fundamentación de la Resolución Exenta Nº 1431, para el desarrollo de las normas secundarias, el MMA tuvo en consideración que "*el único cuestionamiento realizado, al D.S. N° 1 del 14 de enero de 2015 del Ministerio del Medio Ambiente, respecto de la fundamentación y proporcionalidad del decreto reclamado en cuanto al objeto de protección ambiental, parámetros normados, niveles de calidad ambiental y áreas de vigilancia se hizo respecto del nivel de calidad ambiental en relación a la proporción total/disuelto para el Zinc en áreas de vigilancia del rio Cruces*" (fs. 3733).

En consecuencia, y exceptuando el nivel de calidad ambiental establecido para el Zinc total en las áreas de vigilancia del río Cruces- el Anteproyecto "*conserva en forma íntegra el objetivo de protección, ámbito de aplicación territorial, definiciones, niveles de calidad ambiental por áreas de vigilancia, cumplimiento y excedencias, Programa de Medición y Control de la Calidad Ambiental del Agua, e informe de calidad establecido en el D.S. N° 1del 14 de enero de 2015 del Ministerio de Medio Ambiente*".

Confirmando lo anterior, de la revisión y contrastación de los antecedentes entregados, cabe constatar que, efectivamente, el Anteproyecto de 2017 constituye una mera e íntegra reproducción del D.S. Nº 1/2015 anulado por el TA en tanto contiene los mismos parámetros y niveles de calidad ambiental que dicho decreto, siendo dictado con base en los mismos antecedentes ya cuestionados judicialmente:

(i) En efecto y al igual que ocurría con el decreto anulado, consta, en primer lugar, que la autoridad administrativa persiste en una regulación alejada de una mínima razonabilidad y motivación, insistiendo en los mismos parámetros y límites contemplados en el decreto

anulado, que no responden a finalidades de protección, conservación o preservación ambiental[3].

(ii) Adicionalmente, la autoridad nuevamente prescinde de antecedentes científicos y técnicos relevantes, que se encuentran en conocimiento del MMA, –como es el *Informe Final del Programa de Diagnóstico Ambiental del Humedal del Río Cruces y sus Ríos Tributarios: 2014-2015, de mayo de 2015, elaborado por la Universidad Austral de Chile*– y que representan la información más completa y actualizada a la fecha sobre el estado del ecosistema del humedal del río Cruces y sus ríos tributarios[4]. Esto último, a pesar de que en el proceso anterior la autoridad fundamentó su negativa de incorporar esos antecedentes por ser extemporáneos, ya que el decreto había ingresado a Contraloría para su toma de razón, pero que los mismos podían ser considerado en "futuras revisiones de la norma".

(iii) Asimismo, siguen sin identificarse ni cuantificarse adecuadamente los efectivos costos económicos y sociales que producirán las normas secundarias de calidad ambiental propuestas en el Anteproyecto[5].

(iv) Finalmente, y en lo que respecta al AGIES elaborado en el marco del proceso de aprobación de las NSCA de la cuenca del río Valdivia, el estudio realizado presenta serias deficiencias en su elaboración, incumpliendo, nuevamente, la mayoría de las exigencias que impone el DS 38/2012, de tal forma que no satisface su propósito fundamental de

---

[3] Véase: Artículo 5, Tabla N°2, Resolución Exenta N°1431 de 15 de diciembre de 2017. Como se puede observar, la Tabla que determina los parámetros y límites en la Resolución Exenta N° 1431, que consta a fojas 3740 del expediente administrativo, es exactamente la misma que aquella que consta en el D.S. N°1 de 14 de enero de 2015 a fojas 3460, variando únicamente el valor del zinc total.

[4] Lo anterior se refleja expresamente en la Resolución N° 1431 de 15 de diciembre de 2017, la cual a fojas 3730 señala cuáles son los antecedentes técnicos utilizados para el desarrollo de las normas secundarias de calidad ambiental, sin referirse al "Informe Final del Programa de Diagnóstico Ambiental del Humedal del Río Cruces y sus Ríos Tributarios: 2014-2015, de mayo de 2015", elaborado por la Universidad Austral de Chile, sin perjuicio de que si se consideran otros informes de la misma institución, pero más antiguos.

[5] Si bien el nuevo AGIES se refiere de forma genérica en el capítulo 3 a los "Costos y beneficios de la implementación de la norma", cabe destacar que este análisis bastante superficial, se refiere únicamente a costos de fiscalización para el Estado (mediante SMA y DGA). Por otro lado, en lo que respecta a los beneficios, se analiza superficialmente supuestos beneficios sobre ecosistemas y especies, medio humano social y económico y para el Estado. En efecto, en ningún momento se explicitan los costos en que deben incurrir las empresas para dar cumplimiento a la normativa impuesta, ni tampoco cuáles son precisamente los beneficios en el medio ambiente que genera una norma tan exigente como la de este caso, que supera con creces la normativa internacional referida al tema.

constituirse en un instrumento de apoyo a la participación ciudadana y la toma de decisiones proporcionando información de calidad necesaria para dicho fin.

A modo de ejemplos, es posible identificar los siguientes errores o falencias graves de este AGIES:

1) No contiene una adecuada identificación ni cuantificación de los riesgos para ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas.

2) En parte importante de los casos, no se valorizan los beneficios identificados por el cumplimiento de la norma. En los casos en que hubo una valorización, ésta se hizo sin mayor profundidad y transfiriendo resultados de estudios realizados en otras cuencas (Itata y Mataquito), metodología expresamente desaconsejada para estos casos[6].

3) Los beneficios valorizados son menores que los costos[7].

4) No se observa una aplicación adecuada de la "Guía Metodológica para el Desarrollo de Análisis General del Impacto Económico y Social de Normas Secundarias de Calidad de Agua", elaborada por Luis A. Cifuentes en el año 2008 para la Comisión Nacional de Medio Ambiente.

5) No se presentaron conclusiones del estudio, a diferencia de AGIES anteriores que sí las tienen (Lago Llanquihue, Villarrica, entre otros).

6) A lo largo del documento no se contrastan los costos y beneficios del cumplimiento del APNSCA, por lo que, al igual que ocurría con el decreto anulado, no es posible determinar su impacto social y económico.

De lo expuesto precedentemente, se desprende con meridiana claridad que el nuevo Anteproyecto no solo no subsana los vicios de proporcionalidad y motivación detectados en el decreto anulado y los AGIES que le sirvieron de fundamento, sino que reitera e incurre en los mismos vicios, infringiendo con ello el mandato contenido en la sentencia ambiental y poniendo en entredicho tanto la cosa juzgada de la sentencia y el derecho de los justiciables a la eficacia de la tutela concedida por sentencia firme.

De no corregirse dicha situación, en definitiva, serán los propios justiciables los que deberán soportar, con clara vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, una contradicción e infracción inaceptable producida por una errónea interpretación de una institución fundamental como es la cosa juzgada.

Como se adelantó al inicio de este informe, y se justificará enseguida, a juicio de este informante la solución pasa por entender que la cosa juzgada, sea en su aspecto positivo o

---

[6] Lon anterior se desprende de la Tabla Beneficios/Costos acompañada en el AGIES que sirve de base para el nuevo Anteproyecto, a fojas 3565.

[7] Op.Cit. p.3 a fojas 3565. Se especifica que los beneficios identificados no son valorables.

negativo, importa, ante todo, un mandato y un deber de conducta dirigido tanto a las partes como al juez y a todo órgano, sea jurisdiccional o administrativo, en orden a respetar la eficacia vinculante de toda sentencia que emane de un tribunal de la República entre las mismas partes.

II. LA INFRACCIÓN DE LA COSA JUZGADA EN SU ASPECTO POSITIVO O PREJUDICIAL. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA SENTENCIA DEL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL.

Tomando como punto partida las consideraciones antes apuntadas y como veremos enseguida, tradicionalmente se ha entendido en nuestro ordenamiento que la cosa juzgada es una institución procesal que, junto con garantizar el principio de certeza y seguridad jurídicas, tiene por objeto principal evitar el *bis in ídem* y la contradicción entre resoluciones judiciales, excluyendo todo juicio y sentencia posterior en el que se pretenda discutir exactamente lo mismo entre las mismas partes, preservando con ello la inmutabilidad e intangibilidad de lo resuelto por sentencia firme.

El efecto propio de la cosa juzgada, por tanto, sería la exclusión de todo proceso futuro o sucesivo cuando entre los elementos de los diversos juicios existe identidad absoluta tanto desde un punto de vista objetivo (objeto pedido o *petitum* y causa de pedir) como subjetivo (identidad legal de partes).

Lo cierto, sin embargo, es que entre las acciones o pretensiones que forman parte de dos o más objetos procesales y sus respectivos elementos identificadores no sólo puede existir una relación de identidad o de independencia absolutos, sino también de conexión, la que puede ir desde el grado más básico al más cualificado o complejo, como ocurre en materia de prejudicialidad, donde lo decidido por la sentencia que se dicte en uno de los procesos forma parte o bien condiciona lo que debe ser decidido en otro proceso.

Estando los procesos pendientes, los mecanismos preventivos propios que contempla nuestro ordenamiento para evitar la contradicción entre sentencias y resguardar la coherencia de las sentencias que se puedan llegar a dictar son la acumulación de acciones y procesos –institutos de largo raigambre en nuestro país y tradición jurídica– como también la suspensión del proceso civil cuando la ley la contemple expresamente, como ocurre en los supuestos del art. 167 CPC.

En caso que dichos mecanismos no operen, sea porque no son procedentes o bien no han sido solicitados por las partes, el instrumento propio para evitar dicha contradicción y asegurar la coherencia de las decisiones judiciales y la inmutabilidad e intangibilidad de la sentencia, es precisamente la cosa juzgada, pero en este caso en su denominado aspecto positivo o prejudicial, categoría procesal que lejos de ser una importación foránea o extranjera, tal como señala la doctrina, es una realidad existente en nuestro ordenamiento y ha venido siendo objeto de expreso reconocimiento y aplicación por la doctrina y la jurisprudencia[8].

---

[8] Sobre esta materia y en general un examen de los mecanismos contemplados por el ordenamiento chileno para la coherencia de las sentencias, cfr. ampliamente RIVERO HURTADO, RENÉE MARLENE, *La prejudicialidad en el proceso civil chileno. Medios procesales para la coherencia de sentencias dictadas en procesos con objetos conexos*, Santiago de Chile, Thomson Reuters-La Ley, junio 2016, investigación con base a la cual desarrollaremos parte del presente informe.

Partiendo de la identidad legal de partes como requisito inescindible para su aplicación, el presupuesto esencial de la eficacia positiva de la cosa juzgada no radica en la existencia de identidad, sino de una relación conexión, dependencia o condicionamiento entre aquello que fue juzgado (*res iudicata*) y lo que se está o debe ser juzgado, de manera tal que lo decidido por la sentencia firme ha de servir de base o forma parte precisa de aquello que debe ser decidido por el juez en un segundo proceso o constatado en un expediente administrativo, en el que no se podrá desconocer ni contradecir lo resuelto previamente por sentencia firme entre las mismas partes.

Conforme a lo anterior, en los apartados siguientes veremos que, por aplicación del art. 3 del Código Civil y 174 y ss. del Código de Procedimiento Civil, y aun cuando estemos frente a un procedimiento de carácter administrativo, la sentencia del TA tiene plena eficacia vinculante para las partes del juicio y en especial para el MMA.

Lo anterior significa que, a efectos de dictar las nuevas NSCA, la administración –en tanto parte del proceso judicial en que se dictó la sentencia– deberá, necesaria e inexcusablemente, partir de lo allí establecido, juzgado y decidido, sin que sea posible –sin con ello desconocer la eficacia vinculante de la cosa juzgada y vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contenido en el art. 19, Nº 3 de la Constitución y lo dispuesto en los arts. 3 del Código Civil y 175 y 177 del actual Código de Procedimiento Civil – ignorar, alterar o contradecir lo ya decidido por sentencia firme.

1) LA EFICACIA POSITIVA O PREJUDICIAL DE LA COSA JUZGADA EN EL SISTEMA PROCESAL CHILENO.

Tal como señala la doctrina y si bien con una nomenclatura diferente, el ordenamiento chileno, a lo largo de diversas normas e instituciones procesales, reconoce la eficacia y proyección prejudicial de la sentencia judicial firme respecto de las partes a quienes afecta o favorece su dictado conteniendo un mandato de vinculación a lo decidido por sentencia firme.

En esta línea, un correcto alcance y configuración de la cosa juzgada como institución procesal pasa por entender:

(i) **La cosa juzgada positiva como mandato de vinculación y parte del derecho a una tutela judicial efectiva y sin indefensión.**

En primer lugar, la cosa juzgada, tanto en su aspecto negativo como positivo, constituye no solo una institución de carácter procesal propia y característica de la función jurisdiccional sino también y en lo esencial, un derecho fundamental de los ciudadanos dirigido a dar efectividad a la tutela de los derechos de los justiciables y permitir la adecuada ejecución de la sentencia, **imponiendo como norma de conducta a todos los órganos jurisdiccionales –y con mayor razón los no jurisdiccionales– la vinculación a lo resuelto por toda sentencia firme entre las partes**.

Desde esta perspectiva, la doctrina ha entendido que la cosa juzgada es un instituto imprescindible no tanto ni solo a efectos de la certeza y seguridad jurídicas, o la economía procesal, la racionalidad y la evitación de sentencias inútiles o contradictorias o, bien, finalmente, como base y fundamento primordial de la jurisdicción, sino que su finalidad constitucional está dirigida principalmente y sobre todo a «*lograr efectividad real de la tutela que el ciudadano pidió y obtuvo de la jurisdicción*». En otros términos, la cosa juzgada es plasmada «*como un derecho fundamental de todo ciudadano*, y éste lo ostenta, precisamente, como vehículo e instrumento para lograr ***efectividad*** para todos los derechos e intereses legítimos. Esto es, es un medio clave para la protección en general de su *status* de ciudadano»[9].

Desde esta perspectiva, y en una afirmación que a nuestro juicio resulta clave para entender la verdadera finalidad y función que está llamada a cumplir la cosa juzgada en los ordenamientos en general y en el nuestro en particular, concluye este autor señalando que más allá de los conceptos de firmeza, inatacabilidad, inmodificabilidad, intangibilidad etc.:

«*(L)a cosa juzgada constitucionalmente garantizada es mucha más que lo anterior: es sobre todo, que lo que pasa en autoridad de cosa juzgada haya de ser vinculante para el futuro (...). Pues esto es clave para captar plenamente el alcance que ha de tener el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y carente de todo asomo de arbitrariedad y el*

[9] RUBIO GARRIDO, TOMÁS, «Cosa juzgada y tutela judicial efectiva», en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, N° 16, enero-diciembre, 2002, p. 281, 296 y en general, pp. 273-291.

funcionamiento correcto que ha de observar nuestro Estado de Derecho» (subrayado y cursiva nuestros)[10].

En definitiva, tal como señala la doctrina, los aspectos positivo y negativo, la cosa juzgada «*no son dos efectos distintos y contrapuestos del iudicatum, sino dos formas distintas de proyectarse la vinculación que entraña la cosa juzgada, simples manifestaciones de un único efecto que se puede resumir en la atribución a la sentencia de un* ***valor vinculante****, para asegurar que la declaración que ella contiene "hace estado"*»[11].

En parte, y con los matices que requiere la vigencia del principio de independencia de los tribunales y de sujeción o sumisión a la ley y del derecho de defensa de las partes, lo anterior encuentra expresión, asimismo, en los términos sostenidos por el propio Tribunal Constitucional español al entender que no puede aceptarse como irremediable la contradicción entre sentencias producida por el examen de unos mismos hechos por parte de dos órganos jurisdiccionales. A juicio del TC, en definitiva: «*En la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en (otros) términos "es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado", pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el art. 9.3*»[12].

De este modo, junto a la proscripción del *bis in ídem*, la cosa juzgada contiene, al mismo tiempo, una exigencia lógica de coherencia y no contradicción entre las sentencias judiciales que deciden sobre asuntos conexos debiendo respetarse tanto lo establecido y declarado expresamente por sentencia previa firme, como incluso aquello implícitamente sostenido por el fallo y que pueda ser extraído de dicha declaración, positiva o negativamente, pronunciamientos que también requieren de estabilidad[13]. Así, por ejemplo, la declaración de existencia de un derecho o situación jurídica contiene una declaración negativa implícita acerca de su inexistencia y viceversa, esto es, la declaración de inexistencia de un derecho o situación jurídica contiene una declaración negativa implícita acerca de su existencia.

Conforme a lo expuesto, la cosa juzgada, cualquiera sea su efecto, contiene en esencia un mandato de vinculación a lo juzgado y decidido por sentencia firme. Dicha vinculación se traduce en que el asunto ya resuelto no podrá volver a ser discutido y juzgado en un proceso sucesivo idéntico, impidiendo su reiteración en un nuevo juicio (eficacia negativa) o bien, deberá servir de base o antecedente lógico para la decisión del nuevo asunto cuando se trate de materias prejudicialmente conexas, propendiendo con ello a la coherencia de las sentencias judiciales (eficacia positiva).

---

[10] *Ídem*, pp. 299 y 300.

[11] TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudencia civil)*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 226.

[12] STC 24/1984. En la misma línea, STC 158/1985.

[13] TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *La cosa juzgada*, ob. cit., p. 163 y ss., y NIEVA FENOLL, JORDI, *La cosa juzgada*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 194 y 105.

Más allá de la discusión teórica en esta materia, lo importante, tal como señala la doctrina y efectivamente ha ocurrido en el juicio de reclamación objeto de este informe, es que no exista indefensión y que, por tanto, haya existido un efectivo debate entre las partes sobre la materia o punto sobre el cual se pretende la extensión de la cosa juzgada[14].

(ii) Requisitos de la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada.

Sentado lo anterior y a efectos de comprender a cabalidad aquello en que, precisamente, consiste la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada, la doctrina española, con diversa terminología, ha desarrollado los perfiles esenciales de esta institución entendiendo la cosa juzgada positiva como «*la eficacia vinculante para un proceso ulterior de la sentencia firme dictada en uno anterior resolviendo una situación o relación jurídica que, siendo distinta de la que se somete de nuevo a consideración judicial, condiciona la que se hace valer en el nuevo proceso. En otras palabras, significa propiamente que el juez que haya de pronunciarse sobre una relación jurídica que dependa de otra, deberá atenerse a ella*»[15], «*sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola, por el contrario, como indiscutible punto de partida*»[16].

En tanto consecuencia de la negativa o excluyente, la cosa juzgada positiva «*Implica el deber de ajustarse a lo juzgado cuando haya de decidirse sobre una relación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial (...). La función positiva trata de evitar que dos relaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entra en el supuesto fáctico de la otra, cuando para decidir sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera, y sin embargo, ésta ha sido resuelta en un proceso anterior*»[17].

Siguiendo lo anterior, el primer requisito o más bien la condición *sine qua non* para que pueda tener lugar la eficacia positiva de la cosa juzgada civil –cuestión en la que existe opinión unánime de la doctrina antes citada– es la sujeción a los límites subjetivos de la misma, esto es, debe existir la identidad legal de personas a que se refiere el art. 3 del Código Civil y el art. 177 del CPC.

Ello, en tanto la sentencia sólo puede tener eficacia directa y proyectarse a otros procesos, tal como señala esta última disposición, respecto del «***litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo***». Evidentemente, lo anterior exige determinar el concepto de parte en nuestro ordenamiento y la posible extensión de la cosa

---

[14] NIEVA FENOLL, JORDI, ob. cit., pp. 192-194.

[15] TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, ob. cit., p. 226.

[16] DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 109.

[17] MONTERO AROCA, JUAN, *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 479. Por su parte, la doctrina nacional ha entendido la institución en estudio en términos similares sosteniendo que: «*La vinculación positiva o prejudicial de la cosa juzgada se produce cuando una resolución, firme y ejecutoriada, debe servir de base a lo que corresponde decidir a los tribunales en procesos ulteriores (...). En consecuencia, en la función positiva no se trata de la iniciación de un nuevo juicio con objeto procesal idéntico, sino de la deducción de una pretensión cuyo objeto viene determinado, en parte, por la existencia de una sentencia anterior*». Cfr. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 93.

juzgada respecto de terceros no intervinientes, cuestión en la que, sin embargo, no entraremos por no ser relevante para la decisión del asunto objeto de este informe.

En el caso en estudio, lo relevante es que el MMA, en tanto autoridad administrativa encargada de dictar las nuevas NSCA, fue parte pasiva directa en el juicio de reclamación llevado adelante ante el 3TA y, en consecuencia, se encuentra vinculada prejudicialmente al contenido de la sentencia dictada en dicho juicio, la que le obliga de forma directa.

En segundo lugar, para que opere la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada es necesario la existencia de un vínculo de conexión, dependencia o condicionamiento entre los objetos procesales y no la identidad, pues ello haría procedente la excepción de litispendencia.

De este modo, no cualquier tipo de conexión o coincidencia entre objetos procesales determinados permite ni supone la repercusión prejudicial de una sentencia en un proceso o expediente futuro. La cuestión juzgada y decidida por sentencia firme en un proceso previo debe ser relevante para la decisión del objeto del proceso que se discute en el segundo juicio, sea porque forma parte de lo que dicho tribunal debe decidir a afectos de conceder o denegar la tutela solicitada o bien porque condiciona el sentido mismo de la sentencia sobre el fondo del asunto. Esto es lo que la doctrina ha denominado el vínculo de *trascendencia* o el carácter relevante o *trascendente* que debe tener la cuestión para la decisión del nuevo proceso[18].

De esta forma, para la doctrina la eficacia positiva o prejudicial opera cuando la cuestión decidida por sentencia firme constituye o se presenta en el segundo proceso como un *antecedente lógico/jurídico necesario* para decidir sobre la tutela solicitada el expediente o procedimiento incoado, lo «*que supone un nexo lógico entre una relación jurídica y un efecto suyo, en una relación de interdependencia tal que impone la coordinación de las decisiones*»[19].

En definitiva, lo relevante es que lo decidido por sentencia firme forme parte de la causa de pedir del segundo proceso constituyendo fundamento insoslayable del mismo, de manera tal que «la *res iudicata* ha de ser un paso lógicamente ineludible para el juicio sobre el objeto del segundo proceso»[20].

Finalmente, para la doctrina la eficacia positiva es igualmente procedente cuando, aún en caso que no exista esta vinculación lógica, lo decidido por la sentencia firme en el primer proceso: «*sea idéntico a parte de lo que habría que decidirse en un proceso posterior (...). Con otras palabras: en el segundo proceso el objeto no es enteramente idéntico al del proceso anterior, pero sí parcialmente idéntico. No cabe excluir el segundo proceso (..) haciendo jugar la función*

---

[18] REYNAL QUEROL, NURIA, *La prejudicialidad en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2006, p. 90 y 91. Para esta autora, la relevancia o trascendencia de la cuestión prejudicial en la respuesta sobre la cuestión de fondo, puede presentarse de dos modos. Por una parte, puede tratarse de una trascendencia lógica y jurídica en virtud de la cual la resolución de la cuestión prejudicial es imprescindible, de manera tal que sin ella no es posible resolver sobre el fondo. Por otro lado, la trascendencia puede ser sólo jurídica, caso en el cual, la cuestión principal puede ser resuelta sin tener en cuenta la prejudicial. Sin embargo, jurídicamente el órgano judicial sí que necesita de su resolución para decidir el fondo.

[19] TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, ob. cit., p. 227. En términos generales, en materia de prejudicialidad y particularmente en cuanto a la cosa juzgada positiva como instrumento para la coherencia de las decisiones judiciales, cfr. RIVERO HURTADO, RENEE, *La prejudicialidad en el proceso civil chileno*, ob. cit., pp. 575-667.

[20] DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, *Objeto del proceso y cosa juzgada...*, ob. cit., p. 266.

negativa de la cosa juzgada, pero tampoco es que lo resuelto en el primero se presente siempre como apoyatura lógica para la resolución de la res iudicanda del segundo proceso: con cierta frecuencia, en el segundo proceso reaparece, junto con otros elementos, lo mismo que ya fue juzgado»[21].

En el caso en estudio, se cumple a cabalidad con el requisito de trascendencia o relevancia que lo decidido por la sentencia firme debe tener a afectos de que la repercusión o proyección prejudicial de la sentencia pueda tener lugar.

Ello, por cuanto la sentencia del 3TA ha realizado un exhaustivo control de la legalidad de la actuación de la autoridad administrativa en el procedimiento administrativo y de la motivación y proporcionalidad del decreto anulado, estableciendo una serie de principios y mandatos que el MMA se encuentra obligado a dar cumplimiento en la reanudación del nuevo procedimiento administrativo que se inicie para reponer las normas anuladas.

(iii) La cosa juzgada positiva no solo cubre lo resolutivo del fallo sino, en especial, los considerandos resolutivos en que se funda la decisión

Finalmente, queda por hacerse cargo de un último y no menor punto relativo a la determinación del alcance y límites objetivos de la cosa juzgada en su aspecto positivo o prejudicial, esto es, si lo decidido por la sentencia del 3TA respecto a los hechos que fundan la causa de pedir queda cubierto o no por la cosa juzgada y por tanto, tiene o no repercusión prejudicial en procesos sucesivos o futuros.

Tal como señala la doctrina, el punto de partida para el examen de esta cuestión, «*pasa por la determinación del ámbito más o menos restrictivo en el que opera la cosa juzgada— y el consabido debate existente entre los autores y en la jurisprudencia sobre esta materia— esto es, si ésta abarca sólo la parte resolutiva de la sentencia en cuanto decide el fondo del asunto, concediendo o denegando la tutela solicitada, o se extiende, también, a las fundamentaciones de hecho y de derecho que motivan el fallo y dentro de éstas, a la decisión sobre las cuestiones lógicas y prejudiciales contenidas en los fundamentos del fallo y que constituyen presupuesto o antecedente lógico de la decisión sobre el fondo del asunto*»[22].

En nuestro concepto, y no obstante la confusión, más bien aparente, que existe sobre este tema en nuestro país, lo cierto es que la jurisprudencia chilena ha sostenido mayormente la inescindibilidad de la parte considerativa y resolutiva del fallo abarcando la cosa juzgada a ambos, siendo precisamente en los considerandos resolutivos de la sentencia, –así denominados por nuestra propia Corte Suprema–, donde radica y es posible encontrar la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada.

Asimismo, a propósito del examen de la cosa juzgada y la concurrencia de la triple identidad que exige el art. 177 CPC, ha sostenido que para «*apreciar si existe identidad de cosa pedida debe estudiarse en conjunto la sentencia en que se apoya la cosa juzgada, ya que los*

---

[21] Ob. cit., pp. 264 y 265.

[22] Cfr. RIVERO HURTADO, RENÉE, *La prejudicialidad en el proceso civil chileno*, ob. cit., p. 251.

considerandos que la informan hacen un solo todo, no siendo posible precisar el alcance de lo resolutivo sin tomar en cuenta el fundamento capital que determina lo dispositivo»[24].

Por otro lado, como es sabido, nuestro país, por influencia de la doctrina francesa, se alejó en esencia de la concepción chiovendana de la cosa juzgada y la restricción de su ámbito objetivo, existiendo una clara tendencia en nuestro ordenamiento a que los asuntos sean resueltos de forma definitiva, evitando con ello el denominado goteo de pretensiones y el peregrinaje de los justiciables en un sinfín de procesos sucesivos[24].

Esta tendencia, como pone de manifiesto la doctrina, ha venido siendo seguida, asimismo, por la propia doctrina española e italiana la que ha venido cuestionando fuertemente esta restricción absoluta de la cosa juzgada a la parte dispositiva del fallo tal y como se ha venido históricamente planteando.

Existe así una línea doctrinaria cada vez más mayoritaria en orden a atribuir eficacia de cosa juzgada a las alegaciones fácticas y jurídicas que sirven para individualizar o delimitar la petición de tutela (causa de pedir), así como las excepciones materiales del demandado, y en particular respecto de ciertas decisiones prejudiciales, siempre que ello no importe vulnerar el derecho de defensa tanto de las partes[25].

En esta línea, coincidimos plenamente con lo señalado por la profesora Tapia en el sentido de sostener que: «(...) *hoy en día no es posible mantener la tesis de CHIOVENDA en su formulación más estricta. Entender que la cosa juzgada sólo afecta al derecho declarado en la parte dispositiva de la sentencia, y que por tanto no se extiende ni a los considerandos o razonamientos jurídicos, ni a las excepciones del demandado, ni a los puntos lógicos o prejudiciales de ningún*

---

[23] Cfr. SCS de 2 de septiembre de 1992, *RDJ*, t. LXXXIX, sec. 3ª, p. 144 y SCS de 16 de octubre de 1931, en *RDJ*, t. XXIX, sec. 1ª, p. 96.

[24] Como es sabido, por influencia de la doctrina francesa la noción medieval de la cosa juzgada como presunción de verdad y su alcance a todas las cuestiones lógicas o prejudiciales, fue seguida por la doctrina civilista chilena de forma mayoritaria, quedando plasmada en la regulación de los códigos orgánicos y de enjuiciamiento de la época. Tal como señala el prof. ROMERO si bien el Código Civil chileno se apartó en esta materia de la idea vigente en la época, que entendía que la regulación de la cosa juzgada era propia del Código Civil en sede de prueba quedando regulada finalmente en el Código de Procedimiento Civil—con excepción del efecto relativo de las sentencias que se consagró en el art. 3º CC— lo cierto es que las doctrinas materiales de la cosa juzgada desarrolladas por Savigny y Pothier tuvieron amplia repercusión en el ordenamiento chileno siendo seguidas en Chile por los principales tratadistas clásicos de derecho civil. Cfr. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, ob. cit., pp. 12-16 y cfr. RIVERO HURTADO, RENÉE, *La prejudicialidad en el proceso civil chileno*, ob. cit., pp. 258 y ss.

[25] En Italia, siguiendo esta línea cfr. TARUFFO, MICHELE, «"Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni», II, ob. cit., pp. 651; SATTA, SALVATORE, «Accertamento incidentale», en *Enciclopedia del Diritto*, 1958, t. I, pp. 243 y ss.; «Accertamenti incidentali e principi generali del diritto», en *Foro It.*, I, 1947., pp. 29 y ss.; «Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali», en *Foro It.*, I, 1948, pp. 64 y ss. y en *Manual de Derecho Procesal Civil*, v. I, trad. de Sentis Melendo y De la Rúa, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp. 45-47 y MENCHINI, SERGIO, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, ob. cit., p. 140 y ss. En España, cfr. por todos SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, «Comentarios al art. 1252 del CC», en ALBADALEJO, MANUEL (DIR.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XVI, v. 2º, Madrid, Edersa, pp. 696-780; TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2000, pp. 166-169 y en *La cosa juzgada*, ob. cit., pp. 68 y 69 y 170-186; DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES, *Objeto del proceso y cosa juzgada...*, ob. cit., pp. 213-224; MONTERO AROCA, JUAN, *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, ob. cit., pp. 484 y 485 y DE PADURA BALLESTEROS, MARIA TERESA, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 16 y 17. Sobre la materia, cfr. RIVERO HURTADO, RENEE, *La prejudicialidad en el proceso civil chileno*, ob. cit., pp. 255-259.

tipo, puede provocar en su formulación más dura una restricción del ámbito de la cosa juzgada ilógico, una posible contradicción entre diversas resoluciones judiciales, y una indeseable reiteración de litigios, con la consecuencia de una sobrecarga a la ya sobrecargada administración de justicia, nada recomendable»[26].

Con base en lo expuesto y más allá de las nomenclaturas que al efecto se utilicen, consideramos, en definitiva, que la solución del asunto pasa por reconducir este tema, tal como lo ha hecho la doctrina italiana y española, al banco del derecho de defensa de las partes. Al efecto, y de modo similar a lo que ocurre en los ordenamientos del *common law*, la doctrina ha considerado que en la medida que el juez tenga competencia y jurisdicción para conocer del asunto y la cuestión haya sido objeto de discusión, prueba y debate por las partes en forma seria y con profundidad suficiente, no existe razón alguna para restringir la eficacia de la decisión de las cuestiones resueltas en la fundamentación de la sentencia, poniendo en riesgo con ello la coherencia de las resoluciones judiciales que se pronuncien sobre la misma[27].

Siguiendo esta línea, consideramos con la doctrina que «en la actualidad no existe razón alguna para negar la eficacia de cosa juzgada a la decisión sobre derechos, situaciones o relaciones jurídicas determinantes de la solución de la relación jurídica principal debatida en el proceso en la medida que el derecho de contradicción, defensa y prueba de las partes esté debidamente resguardado y se cumplan con los demás requisitos y presupuestos procesales»[28].

---

[26] Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, La cosa juzgada, ob. cit., pp. 178 y 179 y 68 y 69.

[27] Cfr. TARUFFO, MICHELE, «"Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni», II, ob. cit., pp. 651 y SATTA, SALVATORE, *Manual de Derecho Procesal Civil*, v. I, ob. cit., pp. 45-47. En sentido similar, pero sólo respecto de los supuestos de prejudicialidad lógica, cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *La cosa juzgada*, ob. cit., pp. 178-179. En el mismo sentido, pero sin realizar distinción alguna, para otro sector «las declaraciones contenidas en la sentencia relativas a la existencia o inexistencia de relaciones jurídicas o de situaciones jurídicas, que son la base de la condena o de la absolución, no pueden quedar fuera de la cosa juzgada. Estas declaraciones son un conjunto fáctico y jurídico que no sólo sirven para motivar el fallo sino que determinar sobre lo que se ha juzgado». Cfr. MONTERO AROCA, JUAN, *Derecho jurisdiccional II Proceso Civil*, ob. cit., p. 484.

[28] Sobre esta postura, cfr. ampliamente RIVERO HURTADO, RENEE, *La prejudicialidad en el proceso civil*, ob. cit., pp. 259 y 246-259.

2) INFRACCIÓN A LA EFICACIA POSITIVA DE LA COSA JUZGADA EN EL CASO EXAMINADO.

De lo expuesto en el presente informe, y a modo de corolario de todo lo dicho, no cabe sino concluir la plena procedencia y aplicación de la eficacia positiva o prejudicial de la sentencia firme dictada por el Tercer Tribunal Ambiental y ratificada por la Corte Suprema.

En el caso examinado, resulta evidente el incumplimiento por parte de la autoridad administrativa de la sentencia del 3TA en tanto el nuevo Anteproyecto de NSCA recientemente aprobado y publicado, y salvo en lo que respecta a la proporción total/disuelto para el Zinc en áreas de vigilancia del río Cruces, constituye una mera reproducción del D.S. Nº 1 anulado por la sentencia, sin que el MMA haya subsanado los vicios de motivación y falta de proporcionalidad que afectaban dicho decreto ni del AGIES que debe servir de fundamento, ni exista motivación alguna que justifique la mantención de la misma regulación.

La infracción directa de la cosa juzgada positiva o prejudicial de la sentencia tiene, así, aplicación:

(*i*) En primer lugar, porque, en conformidad a lo dispuesto en el art. 175 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia del TA es una sentencia definitiva firme y ejecutoriada[29] que produce eficacia directa de cosa juzgada material y no meramente formal o provisional, requisito que resulta del todo lógico en la medida que la cosa juzgada formal solo opera dentro del proceso en que se dictó la sentencia[30].

(*ii*) En segundo lugar, porque, en conformidad a lo dispuesto en el art. 3º del Código Civil, la sentencia firme dictada por el TA tiene fuerza obligatoria y aplicación directa respecto de las partes que litigaron en el juicio, esto es, las partes recurrentes y el MMA[31]. La jurisprudencia ratifica este criterio como un requisito fundamental que permite asegurar el derecho de defensa y la existencia de un debido contradictorio entre las partes[32].

(iii) En tercer lugar, porque lo juzgado y resuelto en el juicio de reclamación en torno a la falta de motivación y proporcionalidad del decreto reclamado, constituye el antecedente lógico-jurídico y presupuesto indispensable con base al cual la autoridad administrativa debe dictar las nuevas NSCA, determinando el estándar de motivación y proporcionalidad que debe cumplir el Anteproyecto y futuro decreto que se dicte en el nuevo procedimiento administrativo y que es incumplido por el decreto anulado.

---

[29] Cfr. SCS de 29 de octubre de 2014, Sala Cuarta (Mixta), Rol Nº 9587/2012 (Id. vLex: 541337514).

[30] Cfr. ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO, ob. cit., p. 98.

[31] Al efecto, en SCS de 29 de octubre de 2014, Sala Cuarta (Mixta), Rol Nº 9587/2012 (Id. vLex: 541337514), refiriéndose a la infracción al art. 427 alegada por la parte por no haber considerado la sentencia la nulidad de un contrato declarada en otro juicio entre las mismas partes, la Corte desestima la infracción por cuanto «la presunción que establece el artículo 427 citado, en favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio seguido entre las mismas partes, requiere que dicha declaración conste en una sentencia judicial firme, lo que significa que antes de alcanzar ejecutoriedad la sentencia, no hay declaración definitiva de la veracidad jurídica de los hechos en que se fundamenta. (Rioseco, Emilio, La prueba ante la Jurisprudencia, Tomo II, Edit. Jurídica, año 2002, comentando sentencia Rev. t. 20, sec. 1°, pág. 495). En la misma línea, cfr. SCS de 5 de julio de 1921, en *RDJ*, t. XX, sec. 1ª, p. 495 y SCS de 21 de agosto de 2007, Sala Primera (Civil), Rol Nº 700/2006 (Id. vLex: 30859836).

[32] Cfr. SCAP de Temuco de 23 de septiembre de 1965, en *RDJ*, t. LXIII, sec. 2ª, p. 137.

(iv) En quinto lugar, porque, en definitiva, la autoridad administrativa (MMA) no puede dictar las nuevas normas ignorando, contradiciendo o dejando de tener en consideración lo fallado explícita e implícitamente por la sentencia ambiental.

Como se ha visto, la cosa juzgada cubre: «*No sólo a la explícita declaración contenida en la sentencia, sino también a lo que está implícita pero necesariamente negado por la afirmación contenida en la parte dispositiva de la sentencia, y lo que está implícita pero necesaria e inescindiblemente afirmado por la negación que aquélla contempla (...). Como se ha dicho, el principio lógico de no contradicción no consiente la coexistencia de dos derechos con el mismo contenido relativos a un idéntico bien del cual sean titulares exclusivos dos sujetos diversos, o la coexistencia de un derecho que sea directamente incompatible con la relación jurídica prejudicial respecto del otro. Este principio lógico ha sido reiteradamente puesto en evidencia por nuestro Tribunal Constitucional (español) que ha manifestado que «repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue*»[33].

En el caso objeto del presente informe, lo anterior significa que, si por sentencia firme previa, se ha declarado la ilegalidad y nulidad íntegra del D.S. Nº 1/2015 y de la Resolución Exenta, retrocediendo el procedimiento administrativo a la etapa de generación de un nuevo AGIES, dicha declaración importa, a *contrario sensu*, que la autoridad administrativa no puede desconocer ni contradecir dicha declaración de nulidad ni mucho menos hacer sobrevivir, total o parcialmente, el decreto anulado reproduciendo a conveniencia su contenido en un nuevo acto administrativo, existiendo al mismo tiempo y para dos órganos diferentes del Estado, una regulación nula y válida. Ello importaría una grave contradicción y vulneración de los más elementales principios de la lógica, así como principalmente el de coherencia de las sentencias judiciales y de intangibilidad e inmutabilidad de las sentencias firmes.

Al mismo tiempo, a nuestro juicio, la administración no solo incumple abiertamente el mandato judicial, sino que infringe el principio constitucional de inavocabilidad, haciendo revivir, mediante la reiteración del mismo contenido del decreto anulado un asunto ya decidido por sentencia ejecutoriada, vulnerando el mandato constitucional contenido en los artículos 6, 7 y 76 de la Constitución.

Al mismo tiempo, con esta actuación, la autoridad administrativa impide y burla el derecho de las partes que han obtenido en el juicio a exigir el cumplimiento de la sentencia declarativa del 3TA en sus propios términos como parte de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, transformando la sentencia ambiental en una mera declaración de

---

[33] Cfr. por todos TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL, *La cosa juzgada*, ob. cit., p. 163 y ss.

papel carente de eficacia, dejando a las partes en una situación de indefensión respecto de la tutela judicial concedida, infringiendo el art. 76 y 19, Nº 3 de la Constitución.

(v) En esta línea, lo cierto es que, lejos de cuestionar solo el nivel de calidad ambiental en relación a la proporción total/disuelto para el Zinc en áreas de vigilancia del río Cruces, cuestión que constituye un mero ejemplo de "*error técnico*" que ilustra el razonamiento relativo a la falta de fundamentación y proporcionalidad del decreto reclamado en lo relativo al objeto de protección ambiental, parámetros normados, niveles de calidad ambiental y áreas de vigilancia, la sentencia del TA realiza un cuestionamiento integral al decreto anulado y los AGIES que le sirvieron de fundamento, cuestionamiento que es simplemente ignorado por la autoridad administrativa, sin que sea posible encontrar en la motivación del nuevo Anteproyecto la forma como el MMA da cumplimiento pormenorizado a los exhaustivos pronunciamientos y mandatos contenidos en el resto del fallo ejecutoriado, subsanando cada uno de los vicios de motivación y falta de proporcionalidad que justificaron la declaración de nulidad del decreto original.

(vi) Fuera de lo anterior, y en lo que respecta al contenido y extensión de la vinculación a la sentencia del 3TA, ésta comprende, como se ha dicho, aquello que fue efectivamente debatido y resuelto por dicha sentencia tanto en su parte resolutiva como en los denominados considerandos resolutivos, que es donde precisamente la eficacia positiva debe ser buscada.

Conforme a ello, y a efectos resolver el nuevo procedimiento administrativo, el MMA debe tomar como punto de partida los siguientes puntos establecidos por la STA, sin que pueda volver a decidir ni contradecir:

1) Que el AGIES es un acto trámite preceptivo y esencial para la participación pública y privada, para la adopción de la regulación propuesta y para otros actos trámites esenciales, como son la opinión del Consejo Consultivo del MMA respecto del anteproyecto y la decisión del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, constituyendo un aspecto sustantivo en el proceso de determinación de una norma de calidad ambiental que permite hacer operativos los principios de eficiencia y gradualidad.

2) El AGIES debe realizarse y estar concluido en dentro del plazo de elaboración del Anteproyecto, en un proceso iterativo simultáneo y no lineal, y ha de ser fundamento de éste.

3) Durante la etapa de participación pública, la que debe ser transparente e informada, debe discutirse respecto del AGIES y las respuestas que se den deben ser fundadas;

4) En razón de lo anterior, el AGIES no puede ser superficial, sino que debe estar debidamente motivado, pues, en definitiva, tal como señala la doctrina, 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"[34].

5) En esta línea, para la aprobación de las NSCA, es un imperativo legal –y no un tema de preferencia– para la autoridad administrativa la realización previa de un análisis de costo-beneficio social que tendrá la aplicación de las normas secundarias en la etapa de dictación de la norma, estimación que no puede ser superficial sino fundada.

Al efecto, el AGIES debe dar cuenta de la existencia de análisis de costos-beneficios realizados y de la metodología de estimaciones asociadas y permitir contrastar los cálculos realizados o acreditar su correcta estimación.

En lo que respecta a los beneficios sociales para la población, ecosistemas o especies afectadas o protegidas, éstos deben ser siempre identificados y cuantificados cuando corresponda, debiendo la administración fundamentar en caso que no lo haga. Los costos, por su parte, deben ser siempre cuantificados.

La estimación de beneficios, ya sea cualitativa o cuantitativa, debe ser una estimación en el margen. Esto es, debería estar referida a las características de la norma en concreto, y por tanto debería reflejar los beneficios de reducir los niveles de concentración desde los niveles actuales a los niveles propuestos por la norma.

6) La Administración debe incluir en el expediente administrativo y de manera real todos los documentos e informes que sirvan de motivo para el acto administrativo trámite esencial que es el AGIES y para el acto administrativo terminal, y no simplemente recabar dichos antecedentes para dar un cumplimiento formal a la ley, tal como ha ocurrido en el caso examinado

7) La fundamentación y proporcionalidad del decreto no solo guarda relación con los objetivos de protección ambiental -concebida la norma de calidad ambiental como un medio para lograr el fin de conservación y preservación de la naturaleza, sino también los guarda con sus efectos económicos, lo que reconduce necesariamente al análisis costo-beneficio que debe contener el AGIES.

(vii) De lo antecedentes examinados, y sin entrar en el mérito o conveniencia del acto dictado, lo cierto es que, la autoridad administrativa incumple estos parámetros y mandatos contenidos en la sentencia del TA y el deber de motivación a que le obliga la ley en la dictación de los actos administrativos, incurriendo, contumazmente, en los mismos vicios por los cuales el D.S Nº 1/2015 fue anulado.

En esta línea, como se ha visto, y sin mayor fundamentación, la autoridad administrativa persiste en una regulación alejada de una mínima razonabilidad y motivación, insistiendo

---

[34] COSTA CORDELLA, EZIO, "Mejora regulatoria, legitimación y principio de no regresión: el fallo de la Corte Suprema en el caso MP 10", en Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA, Nº 7, diciembre 205, p. 216.

en los mismos parámetros y límites contemplados en el decreto anulado, que no responden a finalidades de protección, conservación o preservación ambiental.

Todo ello, conducirá irremediablemente a la declaración de zonas latentes y saturadas, para diferentes parámetros de calidad de agua, y al establecimiento de un consecuente plan de prevención y descontaminación que necesariamente impondrá una reducción de emisiones que resulta incomprensible a la luz de la realidad de la cuenca regulada.

Adicionalmente, la autoridad nuevamente prescinde de antecedentes científicos y técnicos relevantes, que se encuentran en conocimiento del MMA, –como es el *Informe Final del Programa de Diagnóstico Ambiental del Humedal del Río Cruces y sus Ríos Tributarios: 2014-2015, de mayo de 2015, elaborado por la Universidad Austral de Chile*– y que representan la información más completa y actualizada a la fecha sobre el estado del ecosistema del humedal del río Cruces y sus ríos tributarios.

Finalmente, y en lo que respecta al AGIES elaborado en el marco del proceso de aprobación de las NSCA, el estudio realizado presenta serias deficiencias en su elaboración, incumpliendo, nuevamente, la mayoría de las exigencias que impone el DS 38/2012. Así, por ejemplo:

1) No contiene una adecuada identificación ni cuantificación de los riesgos para ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas.

2) Siguen sin identificarse, cuantificarse ni contrastarse adecuadamente los efectivos costos económicos y sociales que producirán las normas secundarias de calidad ambiental propuestas en el Anteproyecto, por lo que, al igual que ocurría con el decreto anulado, no es posible determinar su impacto social y económico.

3) En parte importante de los casos, no se valorizan los beneficios identificados por el cumplimiento de la norma y en los casos en que hubo, ésta se hace sin mayor profundidad y transfiriendo resultados de estudios realizados en otras cuencas (Itata y Mataquito), metodología expresamente desaconsejada para estos casos.

4) Los beneficios valorizados son menores que los costos.

5) No se observa una aplicación adecuada de la "Guía Metodológica para el Desarrollo de Análisis General del Impacto Económico y Social de Normas Secundarias de Calidad de Agua", elaborada por Luis A. Cifuentes en el año 2008 para la Comisión Nacional de Medio Ambiente.

6) El AGIES no tiene contiene conclusiones, a diferencia de AGIES anteriores que sí las tienen.

De lo expuesto precedentemente, se desprende con meridiana claridad que el nuevo Anteproyecto no solo no subsana los vicios de proporcionalidad y motivación detectados en el decreto anulado y los AGIES que le sirvieron de fundamento, sino que reitera e incurre en los mismos vicios, infringiendo con ello el mandato contenido en la sentencia ambiental y poniendo en entredicho tanto la cosa juzgada de la sentencia y el derecho de los justiciables a la eficacia de la tutela concedida por sentencia firme.

De no corregirse dicha situación, en definitiva, serán los propios justiciables los que deberán soportar, con clara vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, una contradicción e infracción inaceptable de la cosa juzgada de la sentencia, así como de su derecho a obtener el cumplimiento de la sentencia declarativa dictada por el 3TA en sus propios términos, transformándola en un mandato inútil y de mero papel.

CRISTIAN MATURANA MIQUEL
Profesor Derecho Procesal
Facultad De Derecho
Universidad De Chile

004835

INFORME SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ANTEPROYECTO DE NORMAS DE CALIDAD AMBIENTAL DE PROTECCIÓN DE LAS AGUAS SUPERFICIALES DE LA CUENCA DEL RÍO VALDIVIA

Y

LAS SENTENCIAS DEL TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL Y LA CORTE SUPREMA

GASTON GOMEZ BERNALES

PROFESOR

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Objeto del Informe en derecho

El presente informe en derecho, tiene como objetivo establecer si hay normas inconstitucionales en el Anteproyecto de las Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Valdivia, publicado en el Diario Oficial con fecha 22 de diciembre de 2017. No se trata, con todo, de un informe que se pronuncie sobre las eventuales inconstitucionalidades que pudiera tener dicha Norma en general, sino tiene un objetivo mucho más preciso: determinar si dicha propuesta normativa respeta la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental, en la materia.

2. Antecedentes de hecho del Informe.

Con fecha 22.12.2017, el Ministerio del Medio Ambiente publicó en el Diario Oficial un extracto de la Resolución Exenta N° 1431, del 15.12.2017, que "Aprueba Anteproyecto de las Normas de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Valdivia" (en adelante "el Anteproyecto de la Norma" o "el Anteproyecto").

Dicho anteproyecto tuvo su origen en la anulación por parte del Tercer Tribunal Ambiental de la anterior versión de norma (D.S. N° 1, de 2015, del Ministerio de Medio Ambiente), la que dicho Tribunal consideró ilegal, decisión confirmada por la Corte Suprema (julio de 2017).

La ilegalidad de dicha norma secundaria se derivó, de acuerdo a la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, de las siguientes infracciones:

A. **Falta de participación y consulta.** "*Que, no obstante, en el caso de la etapa de participación y consulta -tal como en la etapa de estudios técnicos y económicos- si bien las observaciones*

planteadas no son vinculantes para su decisión -aunque deban ser respondidas fundadamente por la Administración- su correcta realización no sólo es un imperativo legal, sino que son un aspecto sustantivo en la determinación del límite de calidad ambiental." (C° 29).

B. **Insuficiencia de detalle para contrastar costos de AGIES (Análisis General de Impacto Económico y Social)**. *"Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal ha examinado los AGIES1 y AGIES2, y concluye que, si bien ambos dan cuenta de la existencia de análisis de costos realizados y de la metodología de estimaciones asociadas, ellos no permiten contrastar los cálculos de costos realizados por carecer de detalles suficientes para replicarlos o acreditar su correcta estimación."* (C° 49).

C. **Falta de justificación de la diferencia de costos entre AGIES 1 Y AGIES 2.** *"Desde ya cabe señalar que el costo de monitoreo de 20.000 USD anuales parece extremadamente bajo, y que carece de fundamentación pues no existen en el expediente los hechos fundantes de esta decisión." "Por tanto, dada la falta de antecedentes, la escueta presentación de los cálculos, y las omisiones e imprecisiones incurridas, conllevan a declarar que la determinación de costos del AGIES1 y el AGIES2 no esté debidamente fundada."* (c° 52)

D. **No se encuentra justificada la imposibilidad de cálculo de los beneficios.** *"En el ítem beneficios del resumen del AGIES1 no aparece una evaluación de los beneficios, ni tampoco una justificación acerca de la imposibilidad de llevar a cabo dicha evaluación." (...)"En el AGIES2 tampoco se lleva a cabo ningún esfuerzo de evaluación de los beneficios asociados a la norma; sin embargo, en este caso se presenta una justificación a esta ausencia que refleja un reconocimiento por parte de la reclamada de la falta de evaluación de estos beneficios en el AGIES1" (...) "Este Tribunal, sin embargo, no comparte la afirmación de la reclamada a este respecto, tanto porque su argumentación es inconsistente como por la experiencia internacional en la materia."*

E. **Extemporaneidad en la incorporación al expediente administrativo del AGIES.** *"Que, por lo anterior, este Tribunal confirma que el acto trámite esencial de presentación de AGIES se cumplió extemporáneamente, pues debió realizarse sobre el anteproyecto de norma, y terminarse e incorporarse en el expediente antes de someterlo a consulta pública."*

F. Falta de proporcionalidad de la AGIES. *"Por tanto, con la prevención anterior, éste Tribunal se estará a lo resuelto respecto de las controversias sobre el AGIES, y resolverá que el acto reclamado carece de proporcionalidad, por no existir antecedentes sociales y económicos que permitan su control."*

Con motivo de lo anterior, el Tercer Tribunal Ambiental, cuya sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, ordenó al MMA reanudar el proceso para la dictación de la norma secundaria. Señaló: *"Ordenar al MMA reanudar, en el más breve plazo posible, el procedimiento administrativo, a partir de la elaboración de un análisis general del impacto económico y social de las normas contenidas en el anteproyecto que el MMA oficialice, dando cumplimiento al DS N° 38/2012 MMA."*

Con fecha 26 de julio de 2017, la Excelentísima Corte Suprema desechó por manifiesta falta de fundamento el recurso de casación de fondo deducido por la "parte reclamada", que se basaba en eventuales infracciones derivadas de no acoger la falta de legitimidad activa y basarse en la carencia de fundamento de la normativa, y que el Alto Tribunal se encarga de refutar.

Luego de reanudado el procedimiento por el MMA, se dictó con fecha 15 de diciembre de 2017, el nuevo anteproyecto de norma secundaria para la cuenca del Rio Valdivia, publicándose su extracto el día 22 de diciembre de 2017. En él se señala:

> "Que, considerando que luego del exhaustivo análisis realizado por el Tercer Tribunal Ambiental de Chile y teniendo presente lo señalado en la sentencia **en general** y en el considerado sexagésimo segundo en particular, **el único cuestionamiento realizado**, al DS N° 1 del 14 de enero de 2015 del Ministerio de Medio Ambiente, respecto de la fundamentación y proporcionalidad del decreto reclamado en cuanto al objeto de protección ambiental, parámetros normados, niveles de calidad ambiental en relación a la proporción total/ disuelto para el zinc en áreas de vigilancia del rio Cruces. Por lo anterior el presente anteproyecto conserva en forma íntegra el objetivo de protección, ámbito de aplicación territorial, definiciones, noveles de calidad ambiental por ares de vigilancia, cumplimiento y excedencias, Programa de Medición y

> Control de la Calidad Ambiental del Agua, e informe de calidad establecido en el D.S N° 1 del 14 de enero de 2015 del Ministerio del Medio Ambiente, **exceptuándose el nivel de calidad ambiental para el zinc total en las aéreas de vigilancia del rio Cruces**, de acuerdo a lo señalado por la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Chile." (énfasis agregado)

En razón de lo señalado en el considerando citado, el MMA procedió a dictar el nuevo anteproyecto, el que, en conclusión avanzada, mantiene una serie de deficiencias ya marcadas por la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental.

Considero que la dictación del nuevo anteproyecto omite gran parte de lo resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental y por la Excma. Corte Suprema, y mantiene una serie de deficiencias técnicas que contenía el anteproyecto anterior, por lo que puede ser calificado de inconstitucional e ilegal, por las siguientes consideraciones.

En efecto, y solo en relación con una parte fundamental de ambos fallos, a saber, el del Tribunal Ambiental y el de la Corte Suprema, me permito citar cómo el Alto Tribunal sintetiza la discusión habida en el procedimiento legal y el fallo del Tribunal Ambiental para luego dar su parecer claro. Voy a citar el fallo de manera expresa y literal porque ello dejará fuera de toda duda de que la resolución que aprueba el nuevo Anteproyecto infringe ambas sentencias de los Tribunales de Justicia. Dice la Corte Suprema, en el considerando:

> "En relación al otro capítulo de casación, que intenta revertir lo fallado en relación a la falta de motivación del Decreto, el cual estima que sí la detentaría, al menos conforme a lo que corresponde a una norma secundaria, mas no primaria e, incluso, las mismas normas aplicables en la especie se habrían interpretado en forma más rigurosa, apartándose de lo que corresponde a la norma secundaria. Termina abogando por la pervivencia del acto de acuerdo a los principios de trascendencia y conservación. **Para resolver este dilema debe considerarse una vez más cuáles hechos se tuvieron por ciertos en la instancia.** Es efectivo, conforme quedó asentado, que los estudios técnicos y económicos, imperativos en el procedimiento de la norma impugnada, deben realizarse en el plazo del anteproyecto, lo que no ocurrió en la especie. Esto para que

los actores puedan tenerlos disponibles en el marco de la participación ciudadana, en consonancia con el artículo 39 de la Ley 18.880 y la Ley 20.500. **También quedó claro que los análisis de costos realizados no permiten contrastarlos, por falta de detalles y que se omitió explicar cómo se llegaba a las cifras expuestas, sin referencia a hechos fundamentes. No se refleja claridad acerca de los cambios de costos en relación a la implementación de un eventual PPDA. No existe en los AGIES una determinación del costo social del anteproyecto, lo que desencadena en la falta de motivación.** Estos hechos asentados en la instancia, determinaron que el Tribunal anulara el Decreto reclamado por falta de fundamentación. Lo que se impugna es que se habría establecido un estándar más alto, disponible para las normas primarias, pero es fácil advertir que el defecto por falta de motivación que se le imputa al Decreto coincide con un estándar más o menos mediano que resulta aplicable a normas secundarias. Desde ya cabe tener en cuenta que no procede calificar la exigencia de realizar los estudios en tiempo y forma acerca del impacto social de la norma secundaria como algo estricto o extravagante. Aceptar la posición del recurrente llevaría en la práctica a un procedimiento de normas secundarias a discrecionalidad de la Administración, no sólo en cuanto a los tiempos, incorporación de la información y el fundamento a través de motivos más o menos fundados y en la especie incluso aparentemente errados" (énfasis agregado).

Como se ve, la Corte Suprema consideró que en el fallo del Tribunal Ambiental quedaron claros como **hechos de la causa**, no solo que los informes técnicos y económicos no fueron realizados en tiempo y forma, sino que, además, el contenido y fundamentación de dichos informes era vital para que la Norma ambiental no fuera meramente discrecional, situación proscrita por nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, señala que los antecedentes existentes en el proceso permitirían suponer que dichos informes están **"ERRADOS"**. Las afirmaciones de la Corte Suprema, confrontadas con la nueva propuesta normativa contenida en el Anteproyecto y su fundamentación, permiten concluir con claridad que la resolución que aprueba el Anteproyecto derechamente desconoce lo resuelto por los Tribunales de Justicia.

El Anteproyecto, en síntesis, infringe la Ley y la Constitución en virtud de las siguientes razones.

A.

Infracciones constitucionales del Anteproyecto de Norma Secundaria para el Rio Valdivia.

A.1. El Anteproyecto es inconstitucional al infringir el Art. 76 de la Constitución, al pretender "revisar" el contenido de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental confirmada por la Excelentísima Corte Suprema.

La Constitución prescribe en el art. 76, lo siguiente:

> "Art. 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos."

De acuerdo a la disposición citada, ningún otro órgano del Estado (ni el Presidente o sus órganos inferiores ni el Congreso) pueden –en lo que nos interesa- "revisar" los fundamentos o contenido de las resoluciones judiciales. Ello porque la función de conocer, de resolver y de ejecutar lo juzgado corresponde "exclusivamente" a los tribunales de justicia establecidos por ley. Y, de acuerdo a jurisprudencia muy reciente del Tribunal Constitucional[1], , además, únicamente la jurisdicción puede decidir con autoridad de cosa juzgada. De esa manera, no existe órgano del Estado que pueda determinar –luego de una sentencia judicial- qué es lo que puede y debe cumplir de un fallo. El fallo se cumple íntegramente.

La disposición citada, así como su fundamento, fue desconocida abiertamente por el MMA al señalar –en la parte considerativa del

---

[1] Relacionado con el proyecto de ley del Servicio Nacional del Consumidor

Anteproyecto- que la resolución del Tercer Tribunal Ambiental solo se refería a los valores en el agua del parámetro Zinc. Olvida la autoridad ministerial, que el reclamo deducido contra el DS N° 1 fue acogido en varios capítulos, por varias ilegalidades específicas, no solo procedimentales, sino también de fondo. De esta manera, lo que vincula a la autoridad es el fallo en su totalidad (es decir, todas las ilegalidades determinadas por el Tribunal Ambiental y la Excelentísima Corte Suprema), no pudiendo determinar qué parte cumple o qué parte no. De lo contrario, vulnera el art. 76 de la Constitución, que impide a cualquier autoridad "revisar" los fallos judiciales, haciendo revivir procesos fenecidos.

La disposición antes citada es también infringida en un segundo sentido. De acuerdo a lo que ha señalado el Tribunal Constitucional, el art. 76 de la Constitución consagra el principio de la cosa juzgada. Ha dicho el Excmo. Tribunal Constitucional al respecto:

> "Que, por cierto, la sola idea de reprochar constitucionalmente la cosa juzgada en cualquier ámbito, despiertan ciertas inquietudes. Desde luego, emerge el propio texto constitucional que, en su artículo 76, inciso primero, segunda parte – ya transcrito supra-, al hablar de la prohibición de "hacer revivir procesos fenecidos", la consagra como una garantía constitucional a nivel judicial.."(STC ROL 2690, C° 19)

De acuerdo a este principio, no es posible dividir el fallo en la parte considerativa y la parte resolutiva, pues los primeros "por tener un nexo directo con la parte resolutiva alcanzan también la eficacia de cosa juzgada." (Romero Seguel, Alejandro, La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno, Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Jurídica, pág. 66).

Por tal razón, ha dicho el Tribunal Constitucional que:

> "Por consiguiente, no se trata solo de una mera formalidad, o efecto adjetivo, sino que aquello que produce cosa juzgada no es puro acto jurisdiccional ritual sino el fondo de este, vale decir, lo decidido y la razón directa e inmediata de por qué se tomó esa decisión." (STC 2690, C° 24)

De acuerdo a lo anterior, y considerando el efecto relativo de las sentencias (art. 3 del Código Civil), cada capítulo de ilegalidad acogida por el Tribunal Ambiental le es oponible al MMA. No acatar el tenor del fallo íntegramente, infringe el principio de cosa juzgada y con ello el art. 76 de la Constitución.

A. 2. El anteproyecto de norma secundaria es inconstitucional por infringir el art. 19 N° 3.

La Constitución en el art. 19 N° 3 establece una serie de garantías en lo que dice relación con el juzgamiento, tanto administrativo como judicial (como lo señala la jurisprudencia del TC y de la Contraloría). Una de ellas, que se ve infringida por el anteproyecto de norma secundaria, dice relación con la siguiente disposición constitucional:

> "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado."

Dicha disposición constitucional aplicada al procedimiento administrativo implica que la resolución administrativa debe ceñirse al procedimiento y a su expediente (art. 41 de la Ley 19.880). Pues bien, ello no ha ocurrido en este caso pues se han acompañado al proceso normativo sendos estudios e informes a través de los cuales se ha fundamentado cuál es la metodología que se debe emplear en la elaboración de este tipo de normas, que no han sido considerados. De haberse respetado la disposición constitucional antes referida, dichos informes y estudios habrían sido considerados, y el Anteproyecto tendría un contenido razonable y acorde con el procedimiento. Nada de eso ha ocurrido en este caso.

A.3 El anteproyecto de norma secundaria es inconstitucional por infringir el Art. 8 de la Constitución, ya que este no respeta el principio de probidad de la Administración.

El art. 8 de la Constitución establece el principio de probidad administrativa. Señala que "El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en

todas sus actuaciones." El referido principio tiene desarrollo legal en el art. 54 y siguientes de la ley 18.575, que señala:

> "El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular."

Luego, el art. 55 de la citada ley señala:

> "Artículo 55.- El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley."

Los referidos principios son vulnerados por la autoridad ministerial al dictar el nuevo Anteproyecto que contiene similares errores al ya anulado por los tribunales de justicia. En particular, el referido anteproyecto no respeta el interés general de los habitantes aledaños del rio Valdivia, por cuanto los valores que propone son desproporcionados. En efecto, algunos de los valores que dicha norma contempla, superan incluso los valores del agua potable. En algunos valores, el cumplimiento de la norma secundaria es objetivamente imposible.

También se vulnera este principio, pues la decisión adoptada a través del anteproyecto no es razonable, pues no equilibran adecuadamente los costos y beneficios que producirán la normativa secundaria propuesta. Ello porque nuevamente la AGIES subestima los costos que producirá la medida en el medio humano (pérdida de trabajo por la paralización de las operaciones industriales, afectación directa e

indirecta en toda la cadena de actividades vinculadas a estas últimas, entre otros).

Por último, la decisión adoptada a través del Anteproyecto no respeta el principio de imparcialidad de la administración, pues los estudios y metodologías acompañadas al expediente administrativo (e incluso en el proceso judicial que terminó con la anulación del D.S. 1/2015), refutan los valores adoptados por la autoridad.

A.4 El anteproyecto de norma secundaria es contrario al art. 19 N° 21, N° 22 de la Constitución, al imponer una carga irracional a actividades económicas lícita.

El art. 19 N° 21 de la Constitución asegura a las personas el ejercicio libre de las actividades económicas licitas. Ello implica que los particulares pueden ejercer libremente todas aquellas actividades económicas que no sean contrarias a la moral, el orden público y la seguridad nacional. A su turno, el art. 19 N° 20 garantiza a las personas que el Estado no imponga condiciones, cargas o tributos que sean manifiestamente desproporcionados. Ello implica que cualquier carga pública que el Estado imponga a los particulares, debe ser razonable y además debe repartirse igualitariamente entre los habitantes de la nación. Lo anterior no se cumple con el anteproyecto propuesto pues la carga que se impone (el respeto de los valores de contaminación del agua que allí se señalan) es irracional y desproporcionado. Se trata de valores que, ni aun en estado natural, se cumplen lo que, en la práctica, implica la imposición de cargas arbitrarias e injustificadas y, por ende, ilícitas. Ello por cuanto la imposición de límites desproporcionados significará necesariamente la declaración de zonas saturadas y, a su vez, la dictación de planes de descontaminación ambiental que contendrán medidas que afectarán necesariamente el desarrollo de actividades económicas lícitas que se ejecutan en la ribera de la cuenca del río Valdivia, sin un objetivo de protección ambiental razonable sino que, por el contrario, pretendiendo alcanzar estándares de calidad ambiental imposibles.

B.

Infracciones legales del Anteproyecto de norma secundaria del Río Valdivia.

B. 1. Infracción al principio de efecto relativo de las sentencias (art. 3 del Código Civil)

El art. 3 del Código Civil dispone que:

> "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren."

De acuerdo a dicha disposición, las sentencias tienen "fuerza obligatoria" para las partes del proceso en que estas se pronunciaron. Pues bien, ello implica que las sentencias (en su integridad) son vinculantes/obligatorias para cada uno de los intervinientes del proceso, independiente su denominación. Esto quiere decir que la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental es obligatoria para el MMA, en su calidad de recurrido en el reclamo ambiental. Al no cumplir la sentencia íntegramente, el Anteproyecto y la autoridad que lo dictó han infringido el art. 3 del Código Civil.

B. 2. Infracción al principio de imparcialidad de la Administración en el Procedimiento Administrativo. (Art. 11 de la Ley 19.880)

La autoridad administrativa en su actuación debe actuar con imparcialidad. Ello implica, de acuerdo al art. 11 inciso 1 de la Ley 19.880 que "la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte." Lo anterior persigue, por ejemplo, que ante la presentación de informes y estudios, la Administración los revise objetivamente y tome una decisión técnica sobre ellos. Ello no ha ocurrido, pues presentados los informes que indican que la metodología utilizada es inapropiada, y así

ha sido reafirmado por el fallo del Tribunal Ambiental, el ente administrativo persiste en el error y desconoce lo señalado en el fallo.

En otras palabras, el MMA, al insistir con una propuesta normativa prácticamente idéntica de la que fuera anulada por los tribunales de justicia, está actuando parcialmente, persistiendo con un contenido normativo que fue seriamente cuestionado, por razones de fondo, por el Poder Judicial, desoyendo lo resuelto por este poder del estado.

C.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, el Anteproyecto infringe la Ley y la Constitución. En efecto:

1. La norma propuesta a través dela Resolución Exenta 1431, que aprobó el Anteproyecto, ha desconocido lo resuelto en las sentencias del Tercer Tribunal Ambiental y de la Excma. Corte Suprema, al considerar que dichos fallos solo obligaban al MMA a revisar **el nivel de calidad ambiental para el parámetro Zinc total en las aéreas de vigilancia del río Cruces**, habiendo el MMA decidido mantener inalterable en la propuesta normativa todo el resto del contenido del D.S. N°1/2015, en circunstancias que dichas sentencias establecieron varias ilegalidades específicas, no solo procedimentales, sino también de fondo, la que no fueron abordadas.

2. Al desconocer de manera flagrante –al borde del ilícito penal- lo resuelto por los Tribunales de Justicia, además de incurrir en ciertas ilegalidades, la autoridad transgrede específicas reglas constitucionales que garantizan la inavocabilidad y la cosa juzgada (artículo 76 inciso 2 de la Carta), el debido proceso administrativo (artículo 19 número 3 de la Constitución), e incurre en infracción a la

probidad administrativa. Su actuación lesiona, consecuencialmente, los derechos de libre actuación económica.

Gastón Gómez Bernales

Santiago, 2 de mayo de 2018

Valparaíso, 15 de marzo de 2018

MINUTA LEGAL

SOBRE LA RESOLUCIÓN EXENTA N°1431, DE 15 DE DICIEMBRE DE 2017, DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE Y LO RESUELTO POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN LA MATERIA

1. Presentación

Se me ha solicitado un informe jurídico respecto de la validez de la Resolución Exenta N°1431, de 15 de diciembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Anteproyecto de las Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la Protección de las Aguas Continentales Superficiales de la Cuenca del Río Valdivia (en adelante, NSCA), a partir de la reanudación del procedimiento administrativo para su dictación, ordenado por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia en sentencia de 29 de septiembre de 2016, ratificado por la Excma. Corte Suprema en julio de 2017.

En virtud de lo anterior este breve informe se estructura en cinco apartados. En el primero se exponen algunos antecedentes generales del caso. En el segundo se describe el nuevo procedimiento de dictación de la NSCA y el contenido de la norma propuesta en su Anteproyecto. En el tercero se analizan los problemas del procedimiento en la dictación de la NSCA y el contenido de la norma. En el cuarto se alude a las responsabilidades administrativas a que pudiera dar lugar la decisión adoptada por el Ministerio del Medio Ambiente. Finalmente, en quinto lugar, se formulan algunas conclusiones en esta materia.

2. Antecedentes del caso

En el año 2004 la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) dio inicio al procedimiento administrativo para establecer la Norma Secundaria de Calidad Ambiental del río Cruces, iniciando en el año 2005 también un procedimiento de similar naturaleza para el río

Valdivia. Luego, en el año 2010, se decidió acumular ambos procedimientos, con la finalidad de emitir una sola norma de calidad ambiental.

Con fecha 27 de diciembre de 2013, el Ministerio del Medio Ambiente dictó el Decreto Supremo N°55/2013 que contenía la "Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Río Valdivia", el que es tomado de razón por la Contraloría General de la República con fecha 10 de marzo de 2014. Sin embargo, el Ministerio del Medio Ambiente no publicó dicho decreto y, considerando la elaboración de un informe técnico desfavorable, elaboró un nuevo proyecto definitivo de NSCA, el que fue aprobado mediante el Decreto Supremo N°1, de 14 de enero de 2015, que contiene la nueva "Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Río Valdivia", siendo este publicado en el Diario Oficial el día 27 de noviembre de 2015.

Tal norma fue impugnada ante el Tercer Tribunal Ambiental, en virtud del artículo 50 de la Ley N 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el artículo 17 N° 1 de la Ley N°20.600 que Crea los Tribunales Ambientales. Los recursos fueron presentados entre el 6 y el 8 de enero de 2016 por la Corporación para el Desarrollo de la Región de Los Ríos (R-25-2015), Celulosa Arauco y Constitución S.A. (R-26-2015) y Forestal Calle Calle S.A (R-27-2015).

Con fecha 29 de septiembre de 2016, el Tercer Tribunal Ambiental resuelve acoger dos de las tres reclamaciones, anulando el Decreto Supremo N°1, fundamentalmente por falta de motivación suficiente del decreto impugnado, "*como resultado de las diversas deficiencias sustantivas y adjetivas de los análisis generales del impacto económico y social*".

En términos generales, el Tribunal determinó que los dos Análisis General de Impacto Económico y Social (AGIES) que constan en el expediente administrativo de elaboración de la NSCA –uno de ellos recaído sobre el proyecto definitivo del decreto archivado, y el otro respecto del proyecto definitivo del decreto reclamado-, adolecen de serias deficiencias técnicas y errores manifiestos e inexplicables, acarreando la vulneración del Decreto Supremo N°93/1995, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (Primer reglamento

procedimental de dictación de NSCA), y del Decreto Supremo N° 38/2012, del Ministerio de Medio Ambiente (Segundo reglamento procedimental de dictación de NSCA), que imponen a la Administración del Estado la obligación de considerar los costos y los beneficios para el establecimiento de las normas de calidad ambiental.

En síntesis, las deficiencias técnicas de los AGIES se manifiestan en que en los AGIES se presentaron cifras finales de costos, omitiendo, sin embargo, los fundamentos precisos que explican el resultado específico, sin señalar tampoco los hechos fundantes en base a los cuales se determinaron costos y beneficios. En este sentido, la sentencia referida señaló que solo consta en el expediente administrativo un resumen del AGIES 1 y no propiamente un AGIES como lo exige la normativa ambiental, teniendo además como base un documento elaborado por la Fundación Chile que no consta en el expediente administrativo ("Estimación de costos de abatimiento de contaminantes en residuos líquidos").

Otro aspecto relevante de la sentencia, es la ausencia de valorización de los beneficios de la NSCA, cuestión que debe incluir los AGIES en opinión del Tribunal Ambiental. En este sentido, el Tribunal rechaza la alegación de la Administración de una supuesta imposibilidad de valorar los beneficios generados por la norma debido a la ausencia de metodologías para valorizar los servicios ecosistémicos y la calidad del agua, ya que afirma categóricamente que en la actualidad existen diversas bases de datos de importancia a nivel científico que permiten realizar esta valorización.

Por último, la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia determinó que ninguno de los dos AGIES incorporados en el expediente administrativo fue oportunamente acompañado; esto es, en la etapa de elaboración del anteproyecto de la NSCA y antes del pronunciamiento del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. De hecho, se determinó que los integrantes de dicho Consejo no tuvieron conocimiento de los AGIES previo a las votaciones, ya que no constaban en el expediente administrativo, siendo incorporados con posterioridad a las decisiones adoptadas por éste.

En definitiva, y considerando las deficiencias, entre otras, de los AGIES mencionadas precedentemente, el Tribunal consideró que el Decreto Supremo N°1/2015, que contiene la nueva "Normas Secundarias de Calidad Ambiental para la protección de las aguas continentales superficiales de la cuenca del Río Valdivia" adolecía de falta de motivación suficiente y, por ende, resolvió:

"3) Anular el decreto reclamado, así como la Res. Ex. N°478/2012 MMA (fs. 1613 vta. y ss.) que aprueba anteproyecto de normas secundarias de calidad ambiental para la protección de las aguas de la cuenca del Río Valdivia, y todos los actos administrativos trámites dictados a partir de ésta última.

4) Ordenar al MMA reanudar, en el más breve plazo posible, el procedimiento administrativo, a partir de la elaboración de un análisis general del impacto económico y social de las normas contenidas en el anteproyecto que el MMA oficialice, dando cumplimiento al DS N°38/2012 MMA".

La parte reclamada dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental (Rol 83.344-2016), el cual fue rechazado por la Excma. Corte Suprema, con fecha 26 de julio de 2017, quedando a firme la sentencia del Tribunal Ambiental, cuya parte resolutiva fue publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de agosto de 2017.

3. El nuevo procedimiento de dictación de la NSCA y el contenido de la norma propuesta

Con la intención de dar cumplimiento a la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, confirmada por la Excma. Corte Suprema, el Ministerio de Medio Ambiente dictó la Resolución Exenta N°909, de 7 de septiembre de 2017, donde resolvió reanudar el procedimiento de la NSCA para la protección de las aguas superficiales continentales de la cuenca del Río Valdivia, otorgando un plazo de tres meses para la generación del Anteproyecto y la realización del AGIES respectivo.

El nuevo AGIES se adjuntó al procedimiento con fecha 13 de diciembre de 2017, a través del Memo N°229/2017 (fojas 3563 y siguientes), adjuntándose luego el borrador de anteproyecto de la norma (fojas 3640 y siguientes) y, con posterioridad, el informe técnico que

contiene su fundamentación (fojas 3659 y siguientes). Finalmente, con fecha 15 de diciembre de 2017, se dicta la Resolución Exenta N°1431 que aprueba el Anteproyecto de la NSCA y ordena someterla a consulta pública.

Respecto de esta última resolución, y en lo que importa al presente informe, es relevante señalar que en ella se reconoce que el Anteproyecto conserva en forma íntegra el objetivo de protección, ámbito de aplicación territorial, definiciones, niveles de calidad ambiental por áreas de vigilancia, cumplimiento y excedencias, Programas de Medición y Control de la Calidad Ambiental del Agua e informe de calidad establecido en el Decreto Supremo N°1/2015, del Ministerio del Medio Ambiente, con la única excepción del nivel de calidad ambiental establecido para el Zinc total en las áreas de vigilancia del Río Cruces, en atención a lo señalado a partir del considerando sexagésimo segundo de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental. En otras palabras, este nuevo anteproyecto de NSCA reitera las mismas regulaciones ya establecidas en el texto anterior, sin considerar las observaciones e inconsistencias señaladas por la sentencia referida, en las eventuales variaciones que pudieran derivarse de un mejor estudio de los antecedentes técnicos y el nuevo AGIES, conforme a lo establecido por la resolución judicial.

4. Los problemas del procedimiento de dictación de la NSCA y el contenido de la norma

De los antecedentes señalados, es posible advertir problemas en la dictación del nuevo Anteproyecto de la NSCA de la cuenca del Río Valdivia, asociado además a los problemas planteados respecto del decreto impugnado en la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental y que no aparecen suficientemente resueltos en esta nueva regulación (Anteproyecto).

A. El AGIES no se hace cargo de lo establecido en la sentencia del Tribunal Ambiental respecto del análisis costo y beneficio de las normas contenidas en el Anteproyecto

La sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental que anula la NSCA del río Valdivia establece también, como ya se señaló, que el análisis de costos y beneficios que considera el AGIES debe ser debidamente fundamentado, circunstancia que no concurre en este caso, estimando el Tribunal que el análisis realizado es deficiente y, por tanto, infundado (considerandos quincuagésimo primero y siguientes).

Ahora bien, en el nuevo AGIES que se elabora para el nuevo Anteproyecto de NSCA de la cuenca del río Valdivia no es posible afirmar que el Ministerio se haya hecho cargo debidamente de las aprehensiones manifestadas en la sentencia del Tribunal, ya que persisten errores metodológicos importantes. En efecto, en el anexo metodológico se explican, en primer lugar, los valores de la situación base a partir de la cual se elabora todo el análisis posterior de cuantificación de costos y beneficios. Esta situación base la constituye la calidad del agua del cuerpo normado y el análisis de las emisiones. En ambos casos, la información se encuentra desactualizada, tomando como referencia datos de hace más de 3 años, los cuales pueden haber variado de manera considerable, circunstancia que la autoridad no considera ni valora, realizando el nuevo AGIES sobre los datos ya considerados en el Anteproyecto de NSCA anterior.

Esta situación es relevante, toda vez que si se toman estos parámetros para luego cuantificar los costos y beneficios, implica necesariamente que los costos para cumplir la norma y en el caso de dictación de un Plan de descontaminación aumenten, pudiendo ser tan altos que conlleven a su vez una disminución de los beneficios identificados. Así, por ejemplo, para la calidad del agua se toma como referencia el bienio 2014-2015, señalando que no hay información más actualizada. Entonces, vale preguntarse, ¿qué pasa en el caso de que los parámetros de calidad del agua hayan mejorado en los últimos años? O, por el contrario, ¿qué ocurre en el caso de que los parámetros de calidad hayan empeorado en el último tiempo? Lo anterior, en ambos casos, incide directamente en la cuantificación de los costos, por ejemplo, de la tecnología de abatimiento a utilizar, haciendo que el AGIES actual no sea un documento fiable en el logro adecuado de su objetivo, ni permita controlar adecuada y razonablemente los fundamentos socioeconómicos de la NSCA del río Valdivia.

Lo anterior deja en evidencia la intención de la autoridad administrativa por satisfacer sólo formalmente lo resuelto por el Tercer Tribunal Ambiental en esta materia, pero sin realizar un análisis de fondo de las deficiencias técnicas de la NSCA anterior, lo que desde luego también incidiría en el AGIES que se acompaña al efecto.

B. El AGIES no elabora un análisis especifico de proporcionalidad de las medidas como lo exige la Sentencia del Tribunal Ambiental

Como se sabe, la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental estableció que para determinar la validez del AGIES es muy relevante hacer un análisis de proporcionalidad de la norma, evaluando las restricciones y los valores establecidos en ella (considerando sexagésimo segundo), señalando entre otros que "*No cabe duda que la determinación científica en materia ambiental es aquella que entrega la mayor seguridad para el ecosistema, y por tanto, la minimización máxima de sus riesgos de afectación. Pero si la determinación de la norma secundaria de calidad ambiental se dirime sólo por esta consideración, cualquier análisis económico se tornaría en innecesario. Es precisamente la necesidad de compatibilizar los derechos reconocidos en los artículos 19 N° 8, N° 21 y N° 24 de la Constitución Política, la que obliga a introducir la variable económica como referente para la proporcionalidad. Esto no significa que la Administración esté impedida de establecer límites que impliquen la recuperación ambiental de un área determinada con intervención antrópica incluso a niveles de calidad natural, **simplemente que primero debe así declararlo, y desde luego, informar cómo los beneficios sociales superan a los costos sociales**.*" (énfasis agregado)

Con ello el Tribunal simplemente está utilizando el tercer subprincipio o elemento que integra el "principio de proporcionalidad", esto es, la ponderación en sentido estricto como un criterio de validez de la norma administrativa, el que exige que la medida adoptada por la autoridad resulte equilibrada para el interés general, esto es, se obtengan beneficios superiores a las limitaciones o restricciones de derechos que la medida comporta (Nogueira Alcalá, 2010).

Este elemento o subprincipio es especial para aplicar el "principio de proporcionalidad" en el ámbito de las actuaciones administrativas discrecionales y de

naturaleza normativa o reglamentaria, como es el caso, ya que sólo ello permitirá en muchas ocasiones realizar un control estricto de la juridicidad de tales actuaciones (López González, 1998). En otras palabras, la amplitud competencial de que goza la autoridad pública en estos casos le permite adoptar, en principio, medidas o decisiones muy diversas, ya que la juridicidad formal estará garantizada por este amplio margen de acción inicial. Sin embargo, el balance entre beneficios y limitaciones que impone el "principio de proporcionalidad" impone un criterio material de control de juridicidad de la actividad administrativa, cuya evaluación mejorará el estándar de decisión de la autoridad.

Pues bien, el nuevo AGIES, en la medida que analiza los costos y beneficios sobre la base de los mismos valores originales, sin analizar cambios o alternativas que permitan fundar que tales niveles representan mayores beneficios socioeconómicos por sobre los costos asociados, carece de la debida proporcionalidad, incurriendo nuevamente en el mismo vicio denunciado en el proceso judicial anterior. En este sentido, el nuevo AGIES que se incorpora a este nuevo procedimiento de dictación de la NSCA simplemente se adecua a los parámetros originales ya contenidos en el Anteproyecto, pero sin realizar un análisis serio y real de los costos y beneficios que importa la adopción de esta nueva normativa pública.

5. La eventual responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la sentencia judicial

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es preciso también señalar que las deficiencias de este nuevo procedimiento administrativo dispuesto para la elaboración de la nueva NSCA de la cuenca del río Valdivia puede también acarrear responsabilidades administrativas para las autoridades y funcionarios públicos que participaron o participan actualmente de aquel.

En efecto, como se sabe, todos los funcionarios públicos deben actuar con estricta sujeción al principio de probidad administrativa, el que consagrado en los artículos 52 y siguientes de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado constituye una piedra angular en nuestro derecho de la actividad de

los agentes públicos. Este principio, como bien lo indica la norma ya citada, implica exigir a las autoridades y funcionarios públicos "una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia de interés general sobre el particular", añadiendo el artículo 53 de la misma ley que "el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley".

Es evidente que la adopción de un procedimiento administrativo sin ajustarse a lo resuelto por un tribunal de justicia afecta este principio de probidad administrativa, en la medida que su conducta no está privilegiando el interés general al utilizar los recursos públicos de una forma ineficiente e ineficaz. Además, su actuación no parece razonable y orientada por el principio de imparcialidad que debe guiar el desempeño de su cargo público, ya que insiste, a través de un Anteproyecto, en la dictación de una NSCA que ha sido cuestionada y anulada en sede judicial, sin proveer de nuevos antecedentes técnicos que superen las objeciones acogidas en el fallo del Tercer Tribunal Ambiental.

6. Conclusiones

De lo expuesto en las páginas precedentes, es posible formular algunas conclusiones finales en esta materia:

i. La sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia ordenó anular NSCA de la cuenca del río Valdivia y reanudar su procedimiento administrativo, a partir de la elaboración de un AGIES.

ii. El Ministerio del Medio Ambiente cumplió con reanudar el procedimiento de dictación de la NSCA. Sin embargo, no ha cumplido cabalmente lo señalado en la sentencia, toda vez que los documentos elaborados no subsanan todas las falencias establecidas a partir de la referida sentencia. En efecto, de la lectura de la aludida sentencia, y a diferencia de lo que se indica en el Anteproyecto de NSCA, no es posible concluir que el único cuestionamiento técnico ambiental y/o de proporcionalidad de las exigencias contenidas en la norma anulada que hicieran los tribunales se limitara a adecuar lo indicado respecto del parámetro Zinc. Por el contrario, para precisamente poder pronunciarse respecto de la proporcionalidad de la norma los tribunales exigieron contar con un AGIES adecuado, y "*desde luego, informar cómo los beneficios sociales superan a los costos sociales*" (Considerando 62 de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental), lo que no ha sucedido en la especie.

iii. Los problemas procedimentales y de fondo que presenta el nuevo Anteproyecto de NSCA de la cuenca del río Valdivia dejan en evidencia un cierto incumplimiento de la Sentencia del Tribunal Ambiental, confirmada por la Excma. Corte Suprema, en la medida que no acoge todas las objeciones planteadas por el tribunal en relación a la falta de fundamentación de los informes y normas propuestas, principalmente desde la perspectiva de la proporcionalidad y el análisis de costos y beneficios.

iv. Por último, la no sujeción estricta de la autoridad administrativa a los parámetros establecidos en las sentencias del Tercer Tribunal Ambiental y la Excma. Corte Suprema pueden eventualmente acarrear responsabilidad administrativa a las autoridades y funcionarios

públicos que participaron o participan del procedimiento de elaboración del nuevo Anteproyecto de NSCA de la cuenca del río Valdivia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que pudiera darse lugar.

Es todo cuanto puedo informar a UD.

Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valparaíso

BIBLIOGRAFÍA

López González, J. I. (1998). El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo. Cuadernos de Derecho Público, 143-158.

Nogueira Alcalá, H. (2010). El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno. En C. M. Carbonell, El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica (págs. 353-402). Santiago: Librotecnia.